الوسيط
في شرح القانون المدني

(٧)

المجلد الأول

العقود الواردة على العمل

المقاولة والوكالة
والوديعة والحراسة

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور فى العلوم القانونية ودكتور فى العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولى بجامعة باريس

١٩٦٤

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

بيان

بعد أن بحثنا العقود التى تقع على الملكية فى الجزئين الرابع والخامس من الوسيط ، والعقود الواردة على الانتفاع بالشىء فى الجزء السادس ، لم يبق من العقود المسماة إلا العقود الواردة على العمل وعقود الغرر والكفالة . وقد جرت العادة أن تبحث الكفالة مع التأمينات العينية ، حتى تكون التأمينات جميعا من شخصية وعينية فى مكان واحد .

وبقى بعد ذلك العقود الواردة على العمل وعقود الغرر ، نخصص لها هذا الجزء السابع ، ونستثنى منها عقد العمل . فعقد العمل ، كما ورد فى التقنين المدنى ، يجب أن يستكمل بالتشريعات الخاصة الكثيرة التى صدرت لتنظيم العمل والعمال . ولذلك آثرنا أن نفرد له وللتشريعات المتعلقة به جزءا خاصا نختتم به أجزاء الوسيط ، بعد أن نكون قد بحثنا — بمشيئة الله وعونه — الحقوق العينية الأصلية فى الجزئين الثامن والتاسع ، والتأمينات الشخصية والعينية فى الجزء العاشر .

استدراك وتصويب

فى شأن عبارة جاءت فى الجزء السادس من الوسيط
فى خصوص عقد الإيجار

جاء فى الجزء السادس من الوسيط ، فى الصفحات ٤٩٨ و ٤٩٩ و ٥٠٨ ، أن الأجرة التى يضمنها حق امتياز المؤجر يجوز أن تزيد على أجرة سنتين . والصحيح أن هذا هو حكم التقنين المدنى القديم ، أما فى التقنين المدنى الجديد فلا يجوز أن تزيد الأجرة التى يضمنها هذا الامتياز على أجرة سنتين ، كما هو صريح نص المادة ١١٤٣ من هذا التقنين .

العقـــود

الواردة على العمـــل

عقـــد المقاولة

تمهيد (*)

١ — **التعريف بعقد المقاولة وخصائص هذا العقد — نص قانوني :** أوردت المادة ٦٤٦ من التقنين المدني تعريفاً لعقد المقاولة على الوجه الآتي :

« المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر »[1].

ويخلص من هذا التعريف أن لعقد المقاولة خصائص نجمل أهمها فيما يأتي :

(*) مراجع فى عقد المقاولة : جيوار فى الإيجار الطبعة الثالثة جزءان باريس سنة ١٨٩١ — بودري وڤال فى الإيجار الجزء الثانى (مجلدان) الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٧ — أوبرى ورو وإسمان الجزء الخامس فى البيع والإيجار الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٦ — بلانيول وريبير ورواست الجزء الحادى عشر فى العقود المدنية باريس سنة ١٩٥٤ — بيدان ١٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٨ — دى پاچ ٤ الطبعة الثانية بروكسل سنة ١٩٥١ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ — چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ — مازو فى دروس القانون المدنى ٣ سنة ١٩٦٠ — أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ Architecte سنة ١٩٥١ — ٢ لفظ Entreprise سنة ١٩٥٢ — ٣ لفظ Louage d'ouvrge سنة ١٩٥٣ .

Costes فى التكييف القانونى لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ — Lagrave الجزاف فى عقد المقاولة الخاص سنة ١٩٢١ — Minvielle فى مهنة المهندس المعمارى سنة ١٩٢١ ، وفى ملاحظات فى المسئولية العشرية للمهندسين والمقاولين سنة ١٩٣٣ ، وفى رخصة البناء سنة ١٩٤٧ — Corberand فى مسئولية المهندسين والمقاولين رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — Delvaux فى حقوق المهندس المعمارى والتزاماته بروكسل سنة ١٩٣٠ — David فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — Lepaulle فى عقود البناء الصناعى سنة ١٩٣٨ .

محمد كامل مرسى فى العقود المسماة الجزء الرابع (عقد العمل وعقد المقاولة والتزام المرافق العامة) سنة ١٩٥٣ — محمد لبيب شنب فى شرح أحكام عقد المقاولة سنة ١٩٦٢ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة حور تحويراً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٧٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧ — ص ٨) .

١ – عقد المقاولة عقد رضائى لايشترط فى انعقاده شكل معين [1] ، وهو عقد ملزم للجانبين ، ومن عقود المعاوضة :

٢ – يقع التراضى فى عقد المقاولة على عنصرين اثنين : الشىء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين ، والأجر الذى يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر.

٣ – انفصل عقد المقاولة بهذا التعريف عن عقدين آخرين كانا مختلطين به فى التقنين المدنى القديم ، ولايزالان مختلطين به فى التقنين المدنى الفرنسى ، وهما عقد الإيجار وعقد العمل . فقد كان التقنين المدنى القديم يجمع بين هذه العقود الثلاثة تحت اسم « الإيجار » ، ثم يسمى عقد الإيجار بإجارة الأشياء ، وعقد العمل بإجارة الأشخاص ، وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع : ويرجع ذلك إلى عهد القانون الرومانى ، إذ عرف هذا القانون عقد الإيجار على وجهين : الأول باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بالشىء وسماه عقد إيجار الأشياء (locatio rerum) ، والثانى باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر وسماه عقد إيجار العمل (locatio operarum, operis faciendi) . وقد شبه القانون الرومانى فى ذلك عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به . واستند أنصار المذهب الفردى إلى وجهة النظر هذه فى اعتبارهم العمل سلعة تباع فى الأسواق ، ويتحدد سعرها طبقاً

= ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم م ٤٠١/٤٨٩ : إيجار الأشخاص يكون لخدمة معينة مستمرة فى المدة المحدودة فى عقد الإيجار أو لعمل معين . (وهذا التعريف يشمل عقد المقاولة وعقد العمل ، وفيما يخص عقد المقاولة يتفق مع تعريف التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٤ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٢٤/٢ : وعقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل . (والتعريف فى جملته يتفق مع تعريف التقنين المصرى) .

(١) بل إن الكتابة لا ضرورة لها إلا فى إثبات المقاولة حيث تكون الكتابة ضرورية للإثبات (نقض فرنسى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ داللوز ١٩٤٦ – ١٩) .

القانون العرض والطلب . ولم يرق تشبيه العمل بالسلعة فى نظر أنصار المذهب الاشتراكى ، فنادوا بأن العمل ليس بسلعة ، واستتبع هذا التغيير فى الفكرة الاقتصادية تعديلا فى الفكرة القانونية ، ففصلت التقنينات الحديثة هذه العقود الثلاثة بعضها عن بعض . وعلى هذا النهج سار التقنين المدنى الجديد ، إذ جعل عقد الإيجار فى الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشىء ، ونظم عقدى المقاولة والعمل فى الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل[1] .

فانفصل بذلك عقد المقاولة عن عقد الإيجار من جهة ، وعن عقد العمل من جهة أخرى . وانفصاله عن عقد الإيجار أمر بديهى ، فالإيجار عقد يرد على منفعة الشىء ، أما المقاولة فعقد يرد على العمل . وكذلك يجب أن ينفصل عقد المقاولة عن عقد العمل ، وإذا كان كل من العقدين يرد على العمل فإن عقد العمل يرد على العمل فى ذاته أما المقاولة فترد على العمل باعتبار نتيجته ، وسنرى وجه التمييز بين العقدين فيما يلى .

٢ — تمييز عقد المقاولة عن العقود الأخرى : والخصائص التى ذكرناها لعقد المقاولة تجعل هذا العقد يتميز عن سائر العقود . فكونه يرد على العمل يجعله يتميز عن الإيجار الذى يرد على منفعة الشىء كما قدمنا . وكونه يرد على العمل باعتبار نتيجته يجعله يتميز عن عقد العمل الذى يرد على العمل فى ذاته كما سبق القول . وكونه يرد على عمل مادى لا على تصرف قانونى يجعله يتميز عن عقد الوكالة الذى يرد على تصرف قانونى . وقد يكون هذا العمل المادى هو صنع شىء كما رأينا ، فمحل المقاولة هنا هو صنع الشىء لا نقل ملكيته ، وبهذا تتميز المقاولة عن البيع .

ومع ذلك قد يلتبس عقد المقاولة بهذه العقود ذاتها ، أوبعقود أخرى ، فيدق التمييز ، كما نرى فيما يلى .

٣ — تمييز المقاولة عن الإيجار — إحالة : قد تلتبس المقاولة بالإيجار فى عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء ونور وغاز ونقل وما إلى ذلك . فالعقد الذى يبرمه المستهلك مع شركة المياه مثلا هل

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ١٩ ص ٣٠ هامش ١ — الإيجار للمؤلف فقرة ١ .

يعتبر عقد مقاولة واقعاً على ما تقوم به الشركة من عمل فى توصيل المياه للمستهلك ، أوهو عقد إيجار لمعدات الشركة التى تقوم بتوصيل المياه ؟ قدمنا عند الكلام فى الإيجار(١) أن العقد مقاولة لا إيجار ، وهذا ما يذهب إليه رجال الفقه المدنى ، أما رجال الفقه الإدارى فيذهبون إلى أن مركز المستهلك من ملتزم المرفق العام ليست له صفة تعاقدية ، بل هو مركز قانونى منظم (situstisn réglementaire) ، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى التزام المرافق العامة .

وإذا حجز شخص محلا فى أحد الملاعب ، فالعقد مقاولة تقع على ما يقوم به الملعب من أسباب التسلية للجمهور ، وليس إيجارا يقع على المحل الذى يحجزه ، وذلك لأن العنصر الأساسى الذى وقع عليه التعاقد هو ما يقوم به الملعب من عمل . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى عقد الإيجار(٢) .

والاتفاق مع إحدى الصحف على استئجار محل فيها للإعلان نظير مقابل معين ليس عقد مقاولة ، بل هو عقد إيجار . وإذا اتفق شخص مع مالك البناء على نشر إعلانات على حوائط البناء أوفوق سطحه ، فإن التزم مالك البناء بالقيام بالأعمال اللازمة لإجراء الإعلان فالعقد مقاولة ، وإن اقتصر على تمكين الشخص من إجراء الإعلان فالعقد إيجار ، وقد سبق ذكر ذلك كله فى عقد الإيجار(٣) .

٤ — **تمييز المقاولة عن عقد العمل :** ومن المهم التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل . فإنه إذا كان كل من العقدين يرد على العمل إلا أن القواعد التى يخضع لها أحد العقدين تختلف اختلافاً جوهرياً عن القواعد التى يخضع لها العقد الآخر ، وبخاصة فى تحمل التبعة حيث يتحملها المقاول على التفصيل الذى سنبينه ولايتحملها العامل ، وفى الخضـــوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضماناته وإصابات

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٠ — ص ١٢ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

العمل والفصل التعسفى وما إلى ذلك مما هو مذكور فى عقد العمل الفردى ، وهذه التشريعات تسرى على العامل دون المقاول[1] .

وقد ذهب رأى قديم [2] إلى أن معيار التفرقة بين المقاولة وعقد العمل هو الطريقة التى يقدر الأجر على اساسها ؛ فإن قدر الأجر بحسب الوقت — كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو بحسب أيه وحدة أخرى من الزمن — كان العقد عقد عمل . وإن قدر الأجر لابحسب الوقت بل بحسب كمية الإنتاج ، كان العقد مقاولة . فيكون مقاولة العقد الذى يبرم مع الصانع على أن يأخذ أجره بحسب ما ينتجه من العمل ، نجاراً كان الصانع أو حداداً أو نقاشاً أو سباكاً أوغير ذلك . ويكون مقاولة العقد الذى يبرم مع مقاول البناء على أن يأخذ أجره مقدراً إجمالا أو مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، فيكون

---

(١) هذا إلى أن رب العمل يكون مسئولا عن العامل مسئولية المتبوع عن التابع ، ولا يكون مسئولا هذه المسئولية عن المقاول . وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المخدوم عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره ، بل هى فى الواقع قوامها علاقة التبعية التى تجعل للمخدوم أن يسيطر على أعمال التابع ويسيره كيف يشاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات . وإذن فالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذى استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه فى إجراء هذا العمل (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا أسس الحكم مسئولية الحكومة على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ فى عملية المقاولة ، وما أثر هذا الخطأ فى سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذى وقع ، وهل الإشراف قد تجاوز التنفيذ فى حد ذاته واحترام شروط المقاولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعلياً فى تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إبداء البيانات الكافية لقيام المسئولية (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) .

والامتياز الذى يضمن أجر العامل غير الامتياز الذى يضمن أجر المقاول أوالمهندس ولايقوم إلا فى مقاولات البناء .

والضريبة على كسب العمل أقل من الضريبة على أرباح المقاول (وهى ضريبة الأرباح الصناعية والتجارية) .

انظر فى النتائج المختلفة التى تترتب على تكييف العقد بأنه مقاولة أوعقد عمل : بودرى وقال ٢ فقرة ٣٨٦٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٦٨ — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٣ — محمد لبيب شنب فقرة ١٨ ص ٢٥ هامش ٢ .

(٢) توليبه ١٩ فقرة ٢٨٠ — ديرانتون ١٧ فقرة ٢٢٧ — بلانيول ٢ الطبعة الحادية عشرة فقرة ١٨٢٧ وفقرة ١٨٩٩ — سيرفيل (Survills) ٢ فقرة ١١١٢ .

الأجر فى المقاولة بحسب أهمية العمل الذى أنتجه المقاول لا بحسب مقدار الوقت الذى أنفقه فى الإنتاج . وبهذا المعيار أخذ تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، حيث ينص فى المادة ٦٢٤/٢ منه على أن « عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل »[١] .

ويعيب هذا الرأى أنه يجعل معيار التميز بين المقاولة وعقد العمل يقوم على أمر غير جوهرى ، فليس هناك فرق أساسى بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت (salaire proportionel au temps) وآخر يأخذه بحسب القطعة (salaire auxpièces, salaire à la têche) ، فكلاهما أجير عند رب العمل يخضع لإدارته وإشرافه ، ويأخذ المقابل لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، وإن كان هذا الجهد يقاس فى الحالة الأولى بمقياس مقدار الوقت وفى الحالة الثانية بمقياس كمية الإنتاج . والفرق بين المقياسين لا يرجع إلى خلاف فى طبيعة المقياس ، وإنما أراد رب العمل فى جعله الأجر بحسب كمية الإنتاج أن يأمن تكاسل العامل وتراخيه فى العمل ، فهو عندما يأجره بحسب القطعة إنما يأجره فى الواقع من الأمر بحسب الوقت الذى يقضيه العامل العادى فى إنتاج هذه القطعة ، فإن تراخى العامل المأجور فعليه مغبة تراخيه وإن نشط أفاد من نشاطه[٢] .

إذن المعيار القائم على أساس مقدار الوقت أو كمية الإنتاج لا يصلح أن يكون

---

(١) وانظر فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٢٨٣ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٠ — رواست وديران الموجز فقرة ٢٦٤ — مارتينى فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — هذا إلى أن العامل قد يساهم فى أرباح رب العمل فيكون جزء من أجره بحسب أهمية العمل الذى أنتجه ؛ ويبقى العقد مع ذلك عقد عمل (بودرى وثال ٢ فقرة ٣٨٦٥ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Louage d'ourvrage et d'Industrie** فقرة ٥) . وعلى العكس من ذلك يكون العقد مقاولة ما دام المقاول لا يعمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهه ، حتى لو كان أجره مقدراً باليوم فيحسب هذا الأجر بمقدار الأيام التى قضاها فى إنجاز العمل (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Louage d'ouvroge et d'industsie** فقرة ٧ ويشير إلى حكم محكمة **Albi** الابتدائية ٢٠ يوليه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ القسم الموجز ٢٢) .

معياراً دقيقاً للتمييز بين المقاولة وعقد العمل . والرأى الحديث[١]، الذى يجرى عليه أكثر القضاء الفرنسى [٢] ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء[٣] ، يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لإدارة رب العمل وإشرافه[٤] .فالذى يميز المقاولة عن عقـد العمل هو أن المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، بل يعمل مستقلا طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما ، ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولايكون هذا الأخير مسئولا عن المقاول مسئولية

---

(١) انظر فى رأى آخر يذهب إلى أن المعيار يقوم على أساس أن عقد العمل يكون حيث يرتبط العامل برب عمل محترف (employeur professionnel) وانتقاد هذا الرأى : بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ – ١ – ١٦٦ – ٩ أغطس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٥٧٩ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ٤٧١ – ٧ نوفبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧ – ١ – ٤١١ – ٨ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٤٢٣ – ٦ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١١ – ١ – ٢٧٧ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١ – ١ – ٣٥ – ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ – ١ – ٤٤٣ – ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ – ١ – ١٢٥ – ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ٧١٥ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز١٩٢٧ – ١ – ١٤١ – ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ١٨٤ – ١٩ يوليه سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ – ٤٧٣ – ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ – ١ – ١٤٥ – ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ٢٨٩ .

(٣) بودرى وڤال ٢ فقرة ١٦٣٨ وفقرة ٣٨٦٥ – بيدان ١٢ فقرة ١٩ – فقرة ٢٠ – بيك الطبعة السادسة فقرة ٨٧٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٢ وفقرة ٩٠٧ – رواست وديران الموجز فقرة ٢٦٦ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ – ١ هامش ١ – ٢– مارتينى فى فكرة عقد العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٢ – دى باچ ٤ فقرة ٨٤٥ ص ٨٥٨ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩١ –كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة١٠٨٤ – چوسران ٢ فقرة ١٣١٢ – مازو فقرة ١٣٣٢ ص ١١٠٠ – انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٤–محمد حلمى مراد فى قانون العمل والتأمينات الاجتماعية طبعة رابعة فقرة ٢٠٥ ص ٢٢٦–محمد جمال الدين زكى فى قانون العمل سنة١٩٦٠ فقرة ٧١ص١١٢– ص ١١٣ – أكثم أمين الخولى فى قانون العمل سنة ١٩٥٧ فقرة ٨٦ ص ١٣٦ – إسماعيل غانم فى قانون العمل سنة ١٩٦١ فقرة ٦٢ ص ١٢٠ – محمد لبيب شنب فقرة ١٩ – فقرة ٢٠ .

(٤) وبمعيار التبعية أخذت محكمة النقض ، فقد قضت بأن عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما تبعية العامل لرب العمل وتقاضيه أجراً على عمله ، وذلك وفقاً لمؤدى المـادة ٦٧٤ من القانون المدنى والمـادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ (نقض مدنى ٤ أبريل سنة١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٦ ص ٣٧٠) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٤ فبرايرسنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥ .

المتبوع عن التابع . أما فى عقد العمل فالعامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، سواء كان يؤجر بمقياس مقدار الوقت أو بمقياس كمية الإنتاج ، ولايعمل مستقلا عن رب العمل بل يتلقى تعلياته وعليه أن ينفذها فى حدود العقد المبرم بينهما ، ومن ثم يعتبر العامل تابعاً لرب العمل ويكون هذا الأخير مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ومن هذا نرى أن المقاول يدفع ثمن استقلاله عن رب العمل ، إذ لايتمتع بالمزايا الكثيرة التى يمنحها القانون للعامل والتى هى نتيجة تبعية العامل لرب العمل(١) .

وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يكون كل من النقاش والنجار والحداد والسباك ومن إليهم مقاولا ، إذا هو تعاقد مع صاحب العمل على صنع شىء معين يقوم بصنعه مستقلا عن رب العمل ، لا يخضع لإشرافه ولايتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور فى العقد ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب كمية الإنتاج كما هو الغالب أو بحسب مقدار الوقت . ويكون كل من هؤلاء عاملا لا مقاولا ، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل وتحت إدارته ، يتلقى منه التعليمات ويقوم بتنفيذها ، وذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحسب كمية الإنتاج . ويكون العقد المبرم بين صاحب الملعب والفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاولة ، لأن الفنانين مهما كان الأمر فى استقلالهم الفنى يتلقون تعليمات صاحب الملعب فى عملهم وعليهم أن ينفذوها ، وهم يعملون بوجه عام تحت إدارته وإشرافه(٢) . وكذلك العقد المبرم بين صاحب الجريدة والصحفى الذى يعمل فيها هو عقد عمل ، مادام الصحفى يعمل تحت إدارة

---

(١) وقد قضى بأنه لتعرف الصلة الحقيقية للمقاول يجب فحص عقد الاتفاق بينه وبين صاحب المبنى وتحقيق الصفة التى اتخذها فى هذا العقد ، أهى صفة المقاول أم الأجير العادى (مصر الوطنية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٦٥) .

(٢) وقد قضى بأن صلة التبعية بين الممثل ومن تعاقد معه ، وإن كانت تبعية تنظيمية ، فهى كافية لقيام عقد العمل. وسند هذا أنه إذا وقع الفنان من الناحية الفنية تحت إدارة المتعاقد الآخر ورقابته ، بأن حدد له هذا الأخير على نحو دقيق الدور المطلوب منه أو استأثر دونه بكيفية تحقيقه أو أرشده إلى الوجه الصحيح للقيام به ، وذلك بتلقيه التوجيهات فى زمان العمل ومكانه ومدته والملابس الخاصة به ، مهما كانت العبقرية الشخصية التى يظهرها الفنان أثناء العرض أو الحفل ، فبذلك تقوم التبعية التنظيمية والفنية بين العاقدين ، وهى ما تكفى لقيام عقد العمل (محكمة شئون العمال الجزئية بالقاهرة ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ١٧٦ ص ٣٩٩) .

صاحب الجريدة وإشرافه . أما إذا تعاقد شخص مع صاحب الجريدة على أن يكتب له مقالا فى موضوع معين لقاء أجر معلوم ، فالعقد مقاولة ، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة وإشرافه ، حتى لو تعود الكاتب أن يوالى الجريدة بالمقالات فى مواعيد منتظمة مادام لايعمل تحت إدارة صاحب الجريدة . والطوافون والممثلون التجاريون والجوابون ومندوبو شركات التأمين ومن يسمون بالمنتجين فى هذه الشركات وغيرهم من الوسطاء يرتبطون مع رب العمل بعقد عمل لا بعقد مقاولة ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الوسطاء تابعين لرب العمل وخاضعين لرقابته .

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بهذا المعيار الأخير . فهو فى تعريفه لعقد المقاولة (م ٦٤٦ مدنى) لا يذكر شيئاً عن الطريقة التى يؤجر بها المقاول ، بل يقتصر على القول بأن المقاول يعمل « لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . فإذا انتقل بعد ذلك إلى عقد العمل ، يعرفه فى المادة ٦٧٤ مدنى على الوجه الآتى : « عقد العمل هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته أو إشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » . فهو لا يذكر هنا أيضاً شيئاً عن الطريقة التى يؤجر بها العامل إذ لا أثر لها فى تكييف العقد ، وإنما يذكر فى صراحة أن العامل يعمل تحت إدارة رب العمل أو إشرافه . فمعيار الخضوع لإدارة رب العمل وإشرافه هو إذن المعيار الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد فى التمييز ما بين المقاولة وعقد العمل . وقد طبق هذا المعيار تطبيقاً واضحاً فى الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدنى ، إذ يقول : « تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم »[1].

---

(١) هذا إلى أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى كان يتضمن نصاً صريحاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجيه مايؤدى له من خدمات ، أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات» . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، والظاهر أن حذفه يرجع إلى أن =

٥ — **تمييز المقاولة عن الوكالة** : تتفق المقاولة والوكالة فى أن كلا منهما عقد يرد على العمل ، وهذا العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير . ولكنهما يختلفان فى أن العمل فى عقد المقاولة هو عمل مادى (acte matériel) ، أما العمل فى عقد الوكالة فهو تصرف قانونى (acte juridique) . ويستتبع ذلك أن المقاول وهو يؤدى العمل المادى لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وإنما يعمل استقلالا ، أما الوكيل وهو يقوم بالتصرف القانونى لمصلحة موكله يكون نائباً عنه ويمثله فى التصرف الذى يقوم به فينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل .

وللتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتى :

(١) المقاولة تكون دائماً مأجورة ، ومتى عين الأجر لا يملك القاضى كقاعدة عامة تعديله . أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة ، والأصل

= تطبيق القواعد العامة تغنى عنه . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « يعرض هذا النص لكيفية التمييز بين عقدى العمل والمقاولة ، فيجعل معيار التفرقة مرتبطاً بمدى الحق لرب العمل فى توجيه ما يؤدى له من خدمات ، أو على الأقل حقه فى الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات . وهذا المعيار ثابت من مراجعة القضاء الدولى ، فهو معمول به فى انجلترا منذ حكم القاضى Cromptom فى قضية Sadler V. Henloc . وقد حدده القاضى Fletcher Moulton فقال : إن الأمر يتعلق بظروف كل حالة ، على أنه كلما كان حق الرقابة المقرر لرب العمل قوياً فعالا ، غلبت على العلاقة القانونية صفة عقد العمل (راجع مجموعة أحكام القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٩ انجلترا ن ٢٤) . والقضاء الألمانى يجرى أيضاً على هذا المعيار ، ويعتبر العقد عقد عمل كلما كانت هناك علاقة تبعية بين رب العمل والعامل (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٧ ألمانيا ن ٢ و ٣ — سنة ١٩٢٩ ألمانيا ن ٥ — سنة ١٩٣١ ألمانيا ن ١٦) ، وكذلك القضاء الفرنسى (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٩ فرنسا ن ١٥ — سنة ١٩٣٣ فرنسا ن ١٨ — سنة ١٩٢٨ فرنسا ن ١٥ — سنة ١٩٢٩ فرنسا ن ١٣ و ١٨ — سنة ١٩٣٠ فرنسا ن ١٣ — سنة ١٩٣٣ فرنسا ن ٤٣ — سنة ١٩٣٥ — سنة ١٩٣٦ فرنسا ن ١٧) ، وقضاء الولايات المتحدة (مجموعة القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٣٢ الولايات المتحدة ن ٢٢) ، والقضاء الإيطالى (مجموعة أحكام القضاء الدولى فى العمل سنة ١٩٢٨ إيطاليا ن ١٠ — سنة ١٩٢٩ إيطاليا ن ٢٠ — سنة ١٩٣٠ إيطاليا ن ٢٧ — سنة ١٩٣٢ إيطاليا ن ٢٦ — سنة ١٩٣٣ إيطاليا ن ٤٣) . وقد قرر التقنين السويسرى أساساً آخر للتمييز بين العقدين ، فذكر فى المادة ٣١٩/٢ أنه يعتبر العقد عقد عمل إذا لم يدفع الأجر بالساعة أو باليوم بل تبعاً للعمل المسلم ، مادام العامل استخدم لمدة ما محددة أو غير محددة . وقد يكون هذا المعيار أكثر تحديداً من المعيار الوارد بالمادة ، لكنه فى الواقع لا يعبر عن المميز الحقيقى بين العقدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٠٥ — ص ١٠٧ فى الهامش) .

فيها أن تكون بغير أجر إلا إذا وجد اتفاق صريح أوضمني يقضي بأن يكون للوكيل أجر ، وإذا كانت الوكالة مأجورة كان الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ مدنى) .

(٢) لما كان المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل ، فهو لا يخضع لإشرافه ولايكون تابعاً له ، ومن ثم لا يكون رب العمل مسئولا عن المقاول مسئولية المتبوع عن التابع . أما الوكيل فيعمل فى كثير من الأحيان بإشراف الموكل ، وفى هذه الحالة يكون تابعاً له ويكون الموكل مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع .

(٣) لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل ، فإن التصرفات التى يجريها لا ينصرف أثرها إلى رب العمل ، وإذا كان هذا الأخير مسئولا مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقاول من عمال ومقاولين من الباطن فإن هذه المسئولية لا تجاوز القدر الذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢مدنى) . أما الوكيل ، فلأنه ينوب عن الموكل ، فإنه يلزمه بتصرفاته ، وينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل ، ولا شيء منها ينصرف إلى الوكيل .

(٤) المقاول مضارب ، وهو معرض للمكسب والخسارة ، وإذاأصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك ، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر . أما الوكيل فإنه لايضارب ولايعرض نفسه لمكسبأوخسارة ، فهو إما أن يقوم بعمله تبرعاً وإما أن يأخذ أجراً مناسباً للعمل ، وإذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة فقد قضت المادة ٧١١ مدنى بأن « يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » [١] .

---

(١) ويترتب على ذلك أن المقاول يتحمل تبعة استحالة تنفيذ العمل بسبب أجنبى ، وإذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لابثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة عليه إذا كان هو الذى وردها (م ١/٦٦٥ مدنى) . أما الوكيل فلا يتحمل هذه التبعة ، وعلى الموكل أن يرد إليه ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق وأن يعطيه الأجر الذى يستحقه مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها (م ٧١٠ مدنى) .

(٥) المقاولة فى الأصل عقد لازم ، أما الوكالة فهى فى الأصل عقد غير لازم ويجوز عزل الوكيل أو تنحيه فى أى وقت .

(٦) لا تنتهى المقاولة بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل[1] .

وقد تلتبس المقاولة بالوكالة ، وبخاصة فى العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمحامى والأستاذ والمحاسب والمهندس . وقد جرى القضاء الفرنسى منذ عهد بعيد على اعتبار هذه العقود عقود وكالة ، لا عقود مقاولة أو عقود عمل . ذلك أن المقاولة وعقد العمل يوصفان فى القانون الفرنسى كما قدمنا بأنهما عقدا إيجار للعمل ، فأراد القضاء الفرنسى أن يرتفع بأصحاب هذه المهن الحرة عن أن يكونوا أجراء لأصحاب العمل ، وآثر أن يجعلهم وكلاء عنهم فيكون العقد الذى يربط صاحب المهنة الحرة برب العمل عقد وكالة لا عقد مقاولة[2] . ولكن هذه النظرة خاطئة ، فالأعمال التى يقوم بها أصحاب

---

(١) انظر فى هذه الفروق بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ١١١ — ويضيفون الفرق الآتى : المقاولة تضفى على المقاول صفة التاجر ، أما الوكالة فلا تضفى هذه الصفة على الوكيل . وهذا يرجع إلى ما قدمناه من أن المقاول مضارب ، والمضاربة من خصائص التجارة .

وهناك فروق أخرى أقل أهمية منها : (ا) إذا تعدد الوكلاء فانوا مسئولين بالتضامن (م ٧٠٧/١ مدنى) ، أما إذا تعدد المقاولون فلا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا اتفق على ذلك . (ب) إذا تعدد الموكلون كانوا متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، أما إذا تعدد أرباب العمل فلا يكونون متضامنين قبل المقاول إلا باتفاق خاص . (جـ) للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٧٠٨/٣ مدنى) ، أما رب العمل والمقاول من الباطن فلا رجوع لأحد منهما مباشرة على الآخر فيما عدا أن المقاول من الباطن له الرجوع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون به رب العمل مديناً للمقاول الأصلى (م ٦٦٢/١ مدنى) — انظر فى ذلك بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٤٠٠ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٦ — محمد لبيب شنب فقرة ٢٤ ص ٣٢ هامش ١ .

(٢) ويرجع الأمر فى ذلك إلى تقاليد القانون الرومانى ، فهذا القانون كان يفرق بين الأعمال اليدوية ويعتبرها أعمالا حقيرة لا يزاولها إلا الأرقاء أو الأجراء الذين يرتبطون بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم ، وبين الأعمال العقلية وهذه لا تكون محلا لإجارة أشخاص بل محلا للوكالة رفعاً لشأنها ولشأن من يقوم بها عن أن يكون أجيرا ، وكانت الوكالة فى القانون الرومانى لا تقتصر على التصرفات القانونية بل تمتد إلى الأعمال المادية . وترتب على ذلك أن صاحب المهنة الحرة فى القانون الرومانى لم يكن من حقه أن يتقاضى أجراً ملزماً ، شأنه فى ذلك شأن الوكيل . ولكن القانون الرومانى لم يثبت على هذا النهج ، وانتهى الأمر بالتحايل =

هذه المهن الحرة هي أعمال مادية في مجموعها لا تصرفات قانونية ، إذ أن علاج الطبيب للمريض ودفاع المحامي عن الخصم وتعليم الأستاذ تلاميذه ووضع المهندس المعماري للتصميمات والرسوم والمقايسات ، كل هذه أعمال مادية ، وإذا تميزت بشيء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالا مادية لا تصرفات قانونية ، وأن أصحابها إذ يقومون بها لمصلحة الغير إنما يربطهم بالغير عقد مقاولة أو عقد عمل لا عقد وكالة . ولا يحط من مقام أصحاب هذه المهن الحرة أن يكونوا مأجورين ، لاسيما بعد أن تميز عقد

= على أحكامه بالتسليم لصاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتعاب عن عمله عن طريق دعوى غير عادية (perseentio extraorainario) لا عن طريق دعوى الوكالة (جيرار سنة ١٩٢٤ ص ٦١٢ وما بعدها – مونييه سنة ١٩٤٨ ٢ فقرة ٣١ وما بعدها ص ١٧٤) . وقد تأثر الفقه الفرنسي في نهاية القرن الماضي بالتقاليد الرومانية ، فذهب بعض الفقهاء (أوبري ورو الطبعة الخامسة ٤ فقرة ٣٧١ مكررة ص ٣٨٨ – جيوار ٢ فقرة ٦٩٦ ص ٢٦٠) إلى أن الأعمال العقلية من أدبية وفنية وعلمية لا يمكن أن تكون محلا لتعاقد ملزم ، فلا يكون الطبيب أو المحامي ملزماً قبل عميله ، كما لا يجبر العميل على دفع الأجر للطبيب أو المحامي ، وذلك حتى لا يوضع العمل العقلي في مستوى العمل اليدوي ولا ينحط العلم ليكون وسيلة للتجارة .

ولكن هذا الرأي يصطدم مع الواقع ، فأصحاب المهن الحرة يعيشون من مهنهم وما يكسبون من أجور في ممارستها ، ولا يحط من مكانة صاحب المهنة الحرة أن يؤجر على عمله . وقد أصبح الآن من المسلم أن التعاقد مع صاحب المهنة الحرة تعاقد ملزم للطرفين . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، فيعتبر التعاقد مع أصحاب المهن الحرة تعاقداً ملزماً ويعتبر أصحاب هذه المهن مقاولين ، فكانت المادة ٢/٨٨٧ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتي : « وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسي المعمار أو مع أحد مماثل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة » . وتنص المادة ٣/٦٢٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : « والعقد الذي بموجبه يلتزم صاحب حرفة أو مهنة حرة تقديم خدماته لمن يتعاقدون معه ، وكذلك العقود التي بموجبها يلتزم الأساتذة القيام بمهنتهم لمصلحة معهد أو شخص ما ، تعد من قبيل إجارة الصناعة . ومن هذا القبيل أيضاً عقد النقل » .

(انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ وفقرة ٩٠٩ – بودري وڤال في العقود الاحتمالية فقرة ٣٧٧ – فقرة ٣٧٩ – بيدان ١٢ فقرة ١٦٥ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٢١ – چان ساڤاتييه دراسة في المهنة الحرة رسالة من پواتييه سنة ١٩٤٧ – وانظر في القضاء الفرنسي نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ٩٣ – ١٧ مارس سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعي ١٩٣٧ – ٢٨٥ – ليون ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٣ – ٣ – ٧٣) .

المقاولة وعقد العمل عن عقد الإيجار بتسميتين خاصتين بهما ، فلم يعودا عقدى إيجار للعمل كما كان يطلق عليهما فى الماضى . وقد يدخل فى عمل صاحب المهنة الحرة ، لاسيما المحامى والمهندس المعمارى ، بعض تصرفات قانونية ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بهذه التصرفات ومقاولة فيما يتعلق بالأعمال المادية . وإذا تعذر تطبيق أحكام الوكالة وأحكام المقاولة فى وقت معاً ، نظر إلى العنصر الغالب ، فقد يكون عنصر الأعمال المادية فتطبق أحكام المقاولة ، أو يكون عنصر التصرفات القانونية فتطبق أحكام الوكالة .

ونستعرض ، تطبيقاً لما تقدم ، العقد مع الطبيب ، ومع المحامى ، ومع المهندس المعمارى .

فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة فى الغالب (١) إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثانى فى مقابل أجر معلوم ، والعلاج عمل مادى ولاينفى ماديته أن يكون عملا عقلياً ، فهو إذن ليس بتصرف قانونى . ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاولة فى هذا الاتفاق . وإنما يتميز العقد مع الطبيب عن عقود المقاولة الأخرى بخصائص أهمها : (١) الالتزام الذى يعقده الطبيب هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية ، لأنه إنما يتعهد ببذل العناية الواجبة فى علاج المريض ولايتعهد بتحقيق الغاية من العلاج وهو شفاء المريض . وأغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا ببذل عناية ، كتشييد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك . (٢) التعاقد مع الطبيب لوحظت فيه شخصيته ، ومن ثم إذا مات انتهى العقد ، بخلاف موت المقاول فى كثير من عقود المقاولة الأخرى فإنه لا ينهى المقاولة . وتنص المادة ٦٦٦ مدنى فى هذا الصدد على أن « ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد ، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه » . ويترتب كذلك على اعتبار شخصية الطبيب أنه لا يجوز له أن يكل علاج المريض لطبيب آخر ، فى حين يستطيع المقاول أن يقاول من الباطن . (٣) العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض

---

(١) ويكون عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعاً لإشراف عميله من الناحية الإدارية وإن كان مستقلا من الناحية الفنية . كما إذا كان الطبيب يعمل فى مؤسسة أو فى مستشفى ، فالاستقلال الفنى لا يمنع الخضوع الإدارى أو التنظيمى .

ولا من جهة الطبيب ، فيستطع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم عل أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه ، وكذلك يستطيع الطبيب أن يرجع فى العقد ولا يمكن إكراهه على المضى فى علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه . وهذه الخصائص التى تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد مقاولة وتعتبره عقداً غير مسمى[١] ، وأخذت بهذا الرأى محكمة النقض الفرنسية[٢] . على أنه ليس فى هذه الخصائص شىء يتعارض مع طبيعة عقد المقاولة حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق . فعقد المقاولة كما يكون محله التزاماً بتحقيق غاية ، كذلك يجوز أن يكون محله التزاماً ببذل عناية . فالأستاذ إذا تعهد بتحضير تلميذه لامتحان معين لقاء أجر معلوم يكون قد أبرم عقد مقاولة ومع ذلك لم يلتزم إلا ببذل عناية ، إذ هو لم يلتزم بتحقيق غاية هى أن ينجح التلميذ فى الامتحان ، ويستحق الأستاذ الأجر نجح التلميذ أو لم ينجح . والمحامى الذى يترافع عن الخصم إنما يلتزم ببذل عناية ، ويستحق أجره سواء كسب الدعوى أو خسرها . وكذلك الطبيب يستحق الأجر شفى المريض أو لم يشف ، لأن الطبيب لم يلتزم بتحقيق غاية بل التزم ببذل عناية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون العقد مقاولة . كذلك لا يكون اعتبار شخصية الطبيب مانعاً من أن يكون التعاقد معه مقاولة ، فكثيراً ما تعتبر شخصية المقاول فى عقود المقاولة حتى أن المادة ٦٦٦ مدنى واجهت هذا الفرض كما رأينا . كذلك نصت المادة ١/٦٦١ مدنى على أنه « يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية » . يبقى أن العقد مع الطبيب غير لازم ، وهذا أيضاً لا يمنع العقد من أن يكون مقاولة . فالمريض فى عقده مع الطبيب ، كرب العمل فى المقاولة ، يستطيع أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض الطبيب

---

(١) چان ساڤاتييه دراسة فى المهنة الحرة رسالة من بواتييه سنة ١٩٤٧ ص ١٥ — تعليق فالسمينى فى داللوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٣ — حسن زكى الأبراشى فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص ٩٨ — إسماعيل غانم فى عقد العمل سنة ١٩٦١ ص ١١٦ هامش ١ .

(٢) نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٩ — ١ — ١٧ مع تعليق بريتون .

عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما قام به من علاج . ويختلف عن رب العمل في المقاولة العادية بأنه لا يعوض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ١/٦٦٣ مدنى) ، ذلك أن العقد مع الطبيب يقوم على الثقة الشخصية ، وفى إجبار المريض على تعويض الطبيب ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل تقييد خطير لحريته فى الرجوع عن العقد إذا قامت به أسباب جدية تحمله على ذلك ، فوجب أن تكون حريته فى الرجوع عن العقد أوسع من حرية رب العمل فى التحلل من عقد المقاولة العادى . والطبيب كذلك فى عقده مع المريض ، كالمقاول فى عقد المقاولة ، له أن يرجع فى العقد على أن يكون مسئولا عن تعويض الضرر الذى يصيب المريض من جراء ذلك . وإذا كان رب العمل فى عقد المقاولة العادى يستطيع أن يطلب إنجاز العمل على نفقة المقاول ، فذلك ما لا يستطيعه المريض ، وهو حر فى أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره ، وكل ما يستطيع هو أن يرجع على طبيبه الأول بالتعويض ، إذ لا يستطيع إكراهه على المضى فى العلاج إذا لم يرد الطبيب ذلك[1] . ويخلص مما تقدم أن العقد مع الطبيب هو عقد مقاولة ، وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه[2] .

أما العقد مع المحامى فيقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية . فالمحامى يقوم بعمل مادى عندما يقدم المشورة القانونية لعميله خارج مجلس القضاء ، أو عندما يدافع عن مصالحه فى مجلس القضاء بالمرافعة الشفوية والمذكرات المكتوبة ، وعندما يحرر له العقود والمستندات . وهو فى هذه

---

(١) انظر فى هذا المعنى رينيه ساڤاتييه فى القانون الطبى فقرة ٣٠٠ ص ٢٧١ — حسن زكى الأبراشى فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ص ٩١ — وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية مجلة القانون الاقتصاد ١٢ ص ٤٣٠ — محمد لبيب شنب فقرة ٣٢ .

(٢) بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص ١٩١ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٧ ص ٢١ وفقرة ٩٠٩ ص ١٤٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ ص ١٨٧ — ص ١٨٨ — دى باج ٤ فقرة ٨٤٧ ص ٨٦٣ وفقرة ٨٤٩ ص ٨٦٩ — كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٠٨٥ — جوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ٦٧٥ — تعليق بريتون على حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٩ — ١ — ٢١٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٠ ص ٤٧٦ — أكثم أمين الخولى فى عقد العمل فقرة ٨٨ ص ١٤٠ — محمد لبيب شنب فقرة ٢٨ — فقرة ٣٤ — وانظر مصرا تلطة الجزئية ٥ مايو سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٩ رقم ٤٢٨ ص ٣٤٦ .

الأعمال يعتبر مقاولا وتسرى عليه أحكام المقاولة[1] ، مالم يكن خاضعاً لإشراف عميله وإدارته التنظيمية كما لو كان محامياً لدى شركة او مؤسسة فيكون العقد الذى ينظم علاقته بالشركة أوالمؤسسة هو عقد عمل[2] . والمحامى يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن عميله عندما يرفع الدعوى باسم هذا العميل ، وعندما يقدم طلبات العميل ودفوعه فى الدعوى ، وعندما يطعن باسم العميل فى الأحكام التى تصدر ، وعندما يبرم اتفاقاً مع خصم عميله كما إذا عقد معه صلحاً ، وعندما يصدر منه نيابة عن عميله إقرار أو تنازل أو يوجه يميناً حاسمة أو يرد هذه اليمين . وهو فى هذه التصرفات القانونية يعتبر وكيلا عن عميله ، وتسرى عليه أحكام الوكالة . فإذا تعارضت أحكام الوكالة مع أحكام المقاولة ولم يمكن التوفيق بينهما ، وجب ترجيح العصر الغالب فى أعمال المحامى وهو عنصر الوكالة[3] وإعمال أحكام الوكالة دون أحكام المقاولة . فأجر المحامى عن أعماله المادية والقانونية مثلا يكون خاضعاً لتقدير القاضى كما تقضى أحكام الوكالة (م ٢/٧٠٩ مدنى) .

وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعمارى ، فإن هذا العقد يقع هو أيضاً على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فيجمع بين أحكام

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٠٩ ص ١٤٣ – بيدان ١٢ فقرة ١٧٦ ص ١٩١ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٨٥ – مازوفى دروس القانون المدنى ٣ فقرة ١٣٣٤ ص ١١٠٢ – كرمييه فى مهنة المحاماة سنة ١٩٥٤ فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ – محمد لبيب شنب فقرة ٣٥ – فقرة ٣٦ – نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٢٧٣ – إكس ١٤ يونيه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩١١ – ٢ – ١٨٥ – باريس ١٩ يناير سنة ١٩٥٣ جازيت دى پاليه ١٩٥٣ –١– ٩٩ – السين ٦ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢ – ٢ – ٣٥ .

ومن الفقهاء من يعتبر العقد هنا عقداً غير مسمى : چان ساڤاتييه فى رسالته فى المهنة الحرة ص ٢١٣ – ص ٢١٥ – إسماعيل غانم فى عقد العمل ص ١١٦ هامش ١ .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ٣٦ – ويكون العقد عقد عمل حتى لو لم يكن المحامى متفرغاً لأعمال المؤسسة أو الشركة (محمد لبيب شنب فقرة ٣٦ – استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٥٨ المدونة العمالية الدورية مجموعة سنة ١٩٦٠ رقم ٢٤ ص ٥٠) .

(٣) وكثيراً ما يخلع المشرع على المحامى صفة الوكيل ، وعلى عميله صفة الموكل ، وعلى العلاقة فيما بينهما صفة الوكالة أو التوكيل (انظر قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ المواد ٢٧ و٢٩ و٣٣ و٤٠ و٤١ – تقنين المرافعات المواد ٨١ – ٨٩) .

المقاولة وأحكام الوكالة[1] ، ولكن عنصر المقاولة هو الغالب ، فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاولة . ومن ثم لا يكون أجر المهندس المعمارى خاضعاً لتقدير القاضى [2] . وأهم الأعمال المادية التى يقوم بها المهندس المعمارى هى وضع التصميم والرسوم ، وعمل المقايسات ، والإشراف على التنفيذ . وقد يقوم ببعض التصرفات القانونية ، كمحاسبة المقاول وإقرار الحساب ، ودفع ما يستحقه المقاول فى ذمة رب العمل ، وتسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه . ويكون فى هذه التصرفات القانونية نائباً عن رب العمل[3] ، ومن ثم تسرى أحكام الوكالة كما سبق القول .

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٠ ص ١٤٤ — بيدان ١٢ فقرة ١٧٨ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٣٧٤ هامش ١ (٣) وهامش ٤١ (٣) — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٢ — فقرة ٦٣ — محمد لبيب شنب فقرة ٢٥ — فقرة ٢٧ — ويذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد مقاولة لا وكالة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٦٩ — جلاسون فى تعليقه فى داللوز ١٩٠٦ — ١ — ٩ — ديموج فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ١٩٨ — Fraissaingea فى مسئولية المهندس المعمارى فقرة ٢٣ Corberand فى مسئولية المهندس المعمارى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — محمد لبيب شنب فقرة ٢٥ — فقرة ٢٧ — وانظر فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٥ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ — ١ — ٢٨٥ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٣٥٢ — مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٥٧ قضية رقم ١٨٥٥ سنة ١٩٥٦ ومشار إلى الحكم فى إسماعيل غانم فى عقد العمل ص ١١٦ هامش ١) — ويذهب القضاء الفرنسى فى بعض أحكامه إلى اعتبار العقد وكالة (نقض فرنسى ١١ نوفبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ — ١ — ٣٩ — ١٠ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ١ — ٣٦٧ — ٣ نوفبر سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ — ١ — ٧٧ — ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٠ — ١ — ١٦٩ — باريس ١٥ يناير سنة سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ٢ — ٧١ — السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٥٧) .

(٢) وإذا تعدد أرباب العمل أو تعدد المهندسون المعماريون فلا يكونون متضامنين ، وذلك تطبيقاً لأحكام المقاولة لا لأحكام الوكالة (محمد لبيب شنب فقرة ٣٧) .

(٣) ولا تفترض الوكالة فى أعمال المهندس المعمارى ، فما لم يكن قد تلقى تفويضاً من رب العمل فى عمل معين فإنه لا يكون وكيلا له فيه ، ومن ثم إذا وفى المهندس المعمارى المقاول مبلغاً من النقود دون أن يكون مفوضاً فى ذلك من رب العمل فإنه لا يلزم رب العمل بهذا الوفاء (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٠ ص ١٤٤ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٥٧١ ص ٤٧٧ — نقض فرنسى ٣ نوفبر سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ — ١ — ٧٧ — ٢٠ يوليه سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ — ٤١٥ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ٥ فبراير سنة ١٩٢٩) .

٦ — تمييز المقاولة عن البيع : ويظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع ، فهى ترد على العمل والبيع يقع على الملكية . فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاولة . أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك ، فالعقد بيع .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٧ مدنى على أنه « يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله » . ولاشك فى أن العقد فى هذه الحالة — إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على تقديم عمله — يتمحض عقد مقاولة لا شبهة فيه[1] . وإنما تقوم الشبهة فى الفرض الآخر الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ مدنى ، إذ تقول : «كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً »[2] . فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتباً أو مكتبة أو أثاثاً و يقدم النجار الخشب من عنده ، وهذا ما يحصل فى الغالب . ويقع أن يتعاقد شخص مع حائك على أن يصنع له ثوباً ويقدم الحائك القماش من عنده . والرسام يقدم عادة القماش والمادة التى يصور بها فيتعاقد على العمل والمادة معاً . وصانع السفينة يقوم هو أيضاً بتقديم الخشب والمواد اللازمة لصنع السفينة فيتعاقد على العمل والمادة . فهل يبقى العقد فى الأحوال المتقدمة الذكر عقد مقاولة ، أو يكون عقد بيع واقع على شىء مستقبل هو الأثاث بالنسبة إلى النجار والثوب بالنسبة إلى الحائك والصورة بالنسبة إلى الرسام والسفينة بالنسبة إلى صانعها ؟[3] .

---

(١) فيكون مقاولة العقد الذى يتعهد بموجبه شخص أن يصنع سجاير لآخر على أن يورد هذا المقاول الدخان اللازم لصنع السجاير (بودرى وثال ٢ فقرة ٣٨٧٨ — بيدان ١٢ فقرة ٧١٧ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٠ — نقض فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ٣٩٥ — ١٦ يناير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٣٩٥ — ٤ مايو سنة ١٨٩٤ (جنائى) داللوز ٩٤ — ١ — ٥٧٢) .

(٢) ويسمى العقد بعقد الاستصناع (marché à façon) : انظر فى هذا العقد داڤيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص ٢٢١ .

(٣) وللقول بأن العقد مقاولة أو بيع شىء مستقبل أهمية عملية تتبين فى الوجوه الآتية :
(ا) يجوز لرب العمل أن يتحلل من عقد المقاولة ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول (م ٦٦٣ مدنى) ، أما البيع فهو ملزم لا يجوز التحلل منه بإرادة أحد الطرفين =

انقسمت الآراء فى هذه المسألة . فرأى يذهب إلى أن العقد مقاولة دائماً[١] ، والمادة ليست إلا تابعة للعمل . وتكون المقاولة فى هذه الحالة ملزمة للصانع بصنع الشىء المطلوب فتقع على العمل ، وهى فى الوقت ذاته تقع على الشىء المصنوع فتنقل ملكيته إلى رب العمل ولا تخرج مع ذلك عن نطاق المقاولة ، إذ أن « تملك رب العمل للشىء الذى صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح ، وكذلك المقاولة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شىء من مواد يقدمها المقاول»[٢] . والقول بأن المقاولة تنقل ملكية الشىء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاولة يجعل للمقاولة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل . ولم يقل أحد قبل

= المنفردة . (ب) فى البيع تسرى الفوائد عن الثمن من يوم إعذار المشترى بدفعه أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى (م٤٥٨/١ مدنى) ، أما فى المقاولة فلا يستحق المقاول فوائد على الأجر المستحق له إلا من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة . (ج) للبائع حق امتياز على المبيع ولو كان منقولا ، أما فى المقاولة فلا امتياز للمقاول إلا إذا كان العمل تشييد بناء أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها (م ١١٤٨ مدنى). (د) فى البيع لابد من الاتفاق على الثمن وإلا كان البيع باطلا ، أما فى المقاولة فإذا لم يحدد الأجر لم تكن المقاولة باطلة ووجب الرجوع فى تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م٦٥٩ مدنى) .

انظر فى ذلك بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٧٠ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠ ص ١٥ هامش ١ .

(١) وإلى هذا الرأى ذهبت بعض أحكام القضاء فى فرنسا ، مستندة إلى أن المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى لا تميز بين ما إذا كان الذى قدم المادة هو رب العمل أو الصانع (وسنرى فيما يلى أن هذه المادة تضمن مشروعها فى إحدى مراحله التشريعية فقرتين أخريين ، تقضى فقرة منهما بأن العقد مقاولة إذا قدم المادة رب العمل، وتقضى الفقرة الأخرى بأن العقد بيع إذا كان الصانع هو الذى قدم المادة ، فحذفت هاتان الفقرتان ، وحذفهما فى نظر أصحاب هذا الرأى دليل على العدول عن هذا التفريق وعلى اعتبار أن العقد مقاولة فى الحالتين) : نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ – ١ – ٣٢ – ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ – ١ – ١١٣ مع تعليق بلانيول – أول أغسطس سنة ١٩٢٩ سيريه – ١٩٣٠ – ١ – ١٧٥ – ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ٢ – ٢٢٩ – نانسى أول يونيه سنة ١٩٢٦ جازيت دى باليه ١٩٢٦ – ١ – ٣٦٠ .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥ .

ذلك إن المقاولة قد ترد على الملكية فتنقلها ، وهى إذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت فى عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر. وهذا العقد الآخر الذى نقل الملكية فى نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً ، أوإلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير نقود . وإذا كان صحيحاً أن المشرع فى نصوص متفرقة قد أجاز أن يتعهد المقاول بصنع شىء يقدم فيه العمل والمادة (م ٢/٦٤٧ مدنى) ، وأنه فى هذه الحالة يكون مسئولا عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل (م ٦٤٨) ، فليس معنى ذلك أن المقاولة تبقى مقاولة محضة فى هذه الظروف، ولايوجد مايمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر هو الذى يقع على المادة دون العمل ويصح القول مع ذلك إن المقاول هو الذى قدم المادة ، ويكون له بذلك دوران ، دور البائع الذى قدم المادة ، ودور المقاول الذى قدم العمل .

ورأى ثانٍ يذهب إلى أن العقد هو بيع شىء مستقبل[1] . وهذا الرأى

---

(١) وهذا مايذهب إليه كثير من الفقهاء فى فرنسا (لوران ٢٦ فقرة ٥ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٧٢ – ليون كان ورينو ٥ فقرة ١٥٢ – هيك ١٠ فقرة ٦ – جيوار ٢ فقرة ٧٧٢ – ريبير فى القانون البحرى الطبعة الثالثة ١ فقرة ٣١٩) ، وتذهب إليه بعض أحكام القضاء الفرنسى (نقض فرنسى ٢٢ يوليه سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٥ – ١ – ٣٠٣ – ٧ أبريل سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ – ١ – ٣٢٩ – السين التجارية ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ الموجز ٦) ، وبخاصة فى عقد صنع السفن (نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٨ – ١ – ٩٧ – ١٠ يوليه سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ١٠٧ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ – ١ – ٦٥) .

ويستند هذا الرأى فى فرنسا إلى أن المادة ١٧١١ مدنى فرنسى تقضى بأن العقد يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل . ويستخلص من هذا النص بمفهوم المخالفة أن العقد لا يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من الصانع ، فيكون العقد إذن بيعاً . ويعزز أنصار هذا الرأى رأيهم بأن المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى – وهى تتحدث عن حالتين فى الأولى منهما يقدم المادة رب العمل وفى الأخرى يقدمها الصانع – كانت تشتمل فى مشروعها على فقرتين أخريين هما الفقرة الثانية والفقرة الثالثة ، يجريان على الوجه الآتى : « ٢ – وفى الحالة الأولى (المادة يقدمها رب العمل) يتمحض العقد مقاولة . ٣ – وفى الحالة الثانية (المادة يقدمها الصانع) يكون العقد بيع شىء بمجرد صنعه » . وقد حذفت هاتان الفقرتان لأنهما أقرب إلى تقرير قواعد فقهية ، فواضعو التقنين المدنى الفرنسى إذن يكيفون من الناحية الفقهية العقد الذى يقدم فيه الصانع المادة بأنه عقد بيع .

وقد استخلص أوبرى ورو من عبارة « يكون العقد بيع شىء بمجرد صنعه » أن العقد قبل صنع الشىء يكون مقاولة، فإذا ما تم صنعه تحول بيعاً (أوبرى ورو إسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . وسنعود للإشارة إلى هذا الرأى فيما يلى .

لا يدخل فى الاعتبار أن المقاول إنما تعاقد أصلا على العمل ، والمادة إنماجاءت تابعة للعمل . ولو كان المقاول قصد أن يبيع شيئاً مصنوعاً ، لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئاً يكون قد صنعه قبل العقد . وهو إذا فعل ، وقبل منه رب العمل ذلك ، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع من قبل لا تنتقل بموجب العقد الأصلى ، وإنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على أنه بيع ، لا لشيء مستقبل ، بل لشيء حاضر .

ورأى ثالث يذهب إلى أن العقد يكون مقاولة أوبيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل(١) . فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة ، كالرسام يورد القماش أو الورق الذى يرسم عليه ، والألوان التى يرسم بها وهذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام ، فالعقد مقاولة(٢) . أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل ، كما إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة ، فالعقد بيع(٣) . وهذا هو

---

(١) وهذا الرأى يستند إلى القاعدة التى تقضى بأن الفرع يتبع الأصل (acsessorium sequitur principale) ، فإذا كان العمل هو الأصل تبعته المادة وكان العقد مقاولة ، وإذا كانت المادة هى الأصل تبعها العمل وكان العقد بيعاً : بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٢ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة١٠٨٨— الهلالى وحامد زكى فقرة ٦٧ ص ٦٨ — عبد المنعم البدراوى فى البيع فقرة ٦٩ ص ١٠٣ — سليمان مرقس موجز البيع والإيجار فقرة ٢٤ ص ٢٩ — أنور سلطان فى البيع فقرة ٢١ ص٣١ — منصور مصطفى منصور فى البيع والإيجار فقرة ١٢ ص ٢٤ — إسماعيل غانم ص ٣٦ — وقرب بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٧٤ .

(٢) عكس ذلك بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ .

(٣) وتنص المادة ٢/٦٥٨من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « على أنه إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصلى فى العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هنالك بيع لا استصناع » . — أما المقاول الذى يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التى يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاولة أياً كانت قيمة مواد البناء بالنسبة إلى قيمة العمل ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض فى حالتها المستقبلة أى بعد أن يقام عليها المبنى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥ — الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣١) .

ويجب هنا أن نستبعد رأياً يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة ابتداء وعقد بيع انتهاء ، فهو مقاولة قبل أن يتم صنع الشيء فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه ، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده . فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده (داڤيد فى عقد

الرأى الذى ذهبنا إليه عند الكلام فى البيع[1] . ونزيده هنا إيضاحاً فنقول إن الأمر ظاهر فى المثلين المتقدمين ، حيث تصغر قيمة المادة إلى حد كبير بالنسبة إلى عمل الفنان فتكون تابعة للعمل ويكون العقد مقاولة ، وحيث تكبر هذه القيمة إلى حد بعيد بالنسبة إلى العمل فى السيارة التى تحتاج إلى إصلاحات طفيفة فيكون العقد بيعاً . ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل ، حتى لو كانت أقل قيمة منه ، وذلك كالخشب الذى يورده النجار لصنع الأثاث والقماش الذى يورده الحائك لصنع الثوب ، ويصبح العقد فى هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه[2] .

= الاستصناع ص ٣٦ – جيوار ٢ فقرة ٧٧٣ ص ٣٤٢ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ – كوست فى التكييف القانونى لعقد المقاولة رسالة من تولوز سنة ١٩١٣ ص ١٠٤ – محمد لبيب شنب فقرة ١٢) . على أن أوبرى ورو القائلين بهذا الرأى يقرران مع ذلك أن عقد المقاولة تبقى بعض أحكامه سارية حتى بعد تنفيذ العقد وتسليم الشىء المصنوع إلى رب العمل ، ومن هذه الأحكام ضمان الصانع لعمله فهذا الضمان تسرى عليه أحكام عقد المقاولة (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢) . والاستناد إلى نص الفقرة الثالثة المحذوفة من مشروع المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى – وهى التى تقول : « يكون العقد بيع شىء بمجرد صنعه » – لا يجدى ، إذ المقصود أن البيع يقع على شىء عند تمام صنعه ، أى على شىء مستقبل (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٠ – ص ٣١ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ ص ١٤٧ – ص ١٤٨ – وقرب بيدان ١٢ فقرة ١٨١ – بلانيول فى تعليقه فى دالloz ١٩١٢ – ١ – ١١٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٣ ص ٤٧٩ .

ويترتب على أن العقد مزيج من البيع والمقاولة أن الشىء المصنوع تنتقل ملكيته إلى رب العمل بمجرد تمام صنعه تطبيقاً لأحكام البيع ، فإذا استولت عليه الإدارة كان التعويض مستحقاً لرب العمل لا للصانع (باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٤ – ٩٩) . وإذا هلك الشىء المصنوع قبل التسليم فالهلاك على الصانع ، وذلك تطبيقاً أيضاً لأحكام البيع التى تجعل تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع ، وتتفق هذه الأحكام هنا مع أحكام المقاولة إذ الهلاك على المقاول قبل التسليم (م ٦٦٥/١ مدنى) : أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ – ص ٤٠٤ . ولكن الصانع يضمن العمل الذى أنجزه ضمان المقاول ، وتسرى هنا أحكام المقاولة لا أحكام البيع .

وهناك رأى يذهب إلى أن الاستصناع ليس مقاولة ولا بيعاً ، بل هو عقد غير مسمى (داڤيد فى عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة ١٩٣٧) ولا مانع من القول بأن هناك عقداً له مقومات =

٧ — **تمييز المقاولة عن الوديعة** : المقاولة ترد على عمل يقوم به شخص لآخر ، أما الوديعة فترد على نوع معين من العمل هو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده إليه عيناً . والأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر (م ٧٢٤ مدنى) ، وإذا اتفق على أجر فهو عادة أجر زهيد يكافئ ما بذله المودَع عنده من جهد فى حفظ الوديعة دون أن يبغى كسباً من وراء ذلك فهو ليس بمضارب ، أما المقاولة فهى عقد من عقود المضاربة يبغى المقاول من ورائها الكسب ، ويغلب أن تكون هذه هى مهنته التى يتعيش منها ، ومن ثم تكون المقاولة دائماً بأجر والأجر غير زهيد حتى يكافىء ما يتعرض له المقاول من النفقات والتبعات والخسائر . ومن أجل ذلك تكون مسئولية المودَع عنده أخف عادة من مسئولية المقاول ، ولكل من المودع والمودَع عنده أن يتحلل من العقد قبل انقضاء أجله ما لم يكن الأجل فى مصلحة الطرف الآخر (م ٧٢٢ مدنى) ، أما المقاولة فالتحلل منها مقيد بالتعويض (م ٦٦٣ مدنى) .

على أن الوديعة المأجورة قد تشتبه بالمقاولة ، إذ المودَع عنده فى هذه الحالة يقوم بعمل لمصلحة الغير ، هو حفظ الشيء المودَع ، لقاء أجر معلوم ، فتقترب الوديعة من المقاولة[١] . ولكن المودع عنده ، حتى فى الوديعة المأجورة ، ليس بمضارب ولا يبغى الكسب من وراء الأجر كما قدمنا ، بخلاف المقاول . على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاولة إلى حد بعيد ، وذلك فيما يدعى بعقود الحفظ (contrats de garde) المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون فى هذه الحالة مضارباً يبغى الكسب ، وذلك كالمصرف الذى يؤجر خزانته ليودع العميل فيها أشياءه الثمينة (location des coffres-forts) ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التى تودع عنه . وقد قدمنا عند الكلام فى الإيجار[٢] أنه حدث أخيراً تحول

= تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ، ولكن ذلك لا يعنى أنه عقد غير مسمى ، فاسمه معروف وهو « عقد الاستصناع » ، ولا يمنع من أن يكون عقد الاستصناع هذا ليس إلا مزيجاً من البيع والمقاولة .

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ١٦٣٤ .

(٢) انظر الوسيط ٦ فقرة ١٠ .

في الفقه والقضاء ، ورجح الرأى الذى يكيف عقود الحفظ هذه بأنها عقود وديعة مأجورة . وهى ، حتى بهذا التكييف ، تقرب كثيراً من عقود المقاولة كما سبق القول .

وهناك عقود مقاولة تتضمن الوديعة . مثل ذلك أن يدفع شخص بسيارته إلى جراج لإصلاحها ، فصاحب الجراج فى تعهده بإصلاح السيارة يبرم عقد مقاولة ، وهو فى الوقت ذاته يحفظ السيارة فى الجراج المدة اللازمة لإصلاحها فتكون مسئوليته عن سرقة السيارة مسئولية المودع عنده[١] . ومثل ذلك أيضاً أن يقدم رب العمل للمقاول المادة التى يستخدمها هذا الأخير فى العمل ، فيكون العقد مقاولة بالنسبة إلى العمل ووديعة بالنسبة إلى المادة التى قدمها رب العمل . ويذهب كثير من الأحكام فى فرنسا إلى أن عقد الوديعة يجتمع فى هذه الحالة مع عقد المقاولة ، وتسرى على كل منهما أحكامه[٢] . ولكن الصحيح أن العقد هنا هو عقد مقاولة فقط ، وهى بطبيعتها تتضمن التزاماً بحفظ الشىء الذى يعمل فيه المقاول بعد تسلمه من رب العمل ، ويكون مسئولا عن ضياعه باعتباره مقاولا لا باعتباره مودعاً عنده ، إذ مسئوليته تنشأ من عقد المقاولة لا من عقد وديعة مقترن بها[٣]. وقد نصت المادة ٦٨٥ مدنى صراحة على هذا الالتزام بالحفظ فى عقد العمل ، فأوجبت على العامل : « .. (ج) أن يحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية عمله . . » . ويمكن القول إن هذا الالتزام موجود أيضاً فى ذمة المقاول إذا ما تسلم شيئاً من رب العمل لتأدية عمله . ومن ثم يكون العقد الذى يتسلم بموجبه المدرب حصاناً لتدريبه عقد مقاولة لا عقد وديعة ، وبموجب عقد المقاولة هذا يكون المدرب مسئولا عن المحافظة على الحصان[٤] . وإنما يوجد عقد الوديعة إذا انتهى المقاول من عمله ،

---

(١) ليون ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ – ٣٧٧ مع تعليق تونك .

(٢) أورليان ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٢٧٦ – باريس ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٠ جازيت دى باليه ١٩٣٤ –٢– ٩٩٥ – باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ – ١ – ٢٠٠ – ليون ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ – ٣٧٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٣) تونك فى تعليقه فى داللوز ١٩٤٧ – ٣٧٧ وهو التعليق السابق الإشارة إليه – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص ١٤٩ .

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ١٦٣٤ .

ودعا رب العمل إلى تسلم الشيء فلم يتسلمه ، وبقي الشيء في حفظ المقاول فيكون العقد من ذلك الوقت عقد وديعة ، أو إذا كان العقد هو في الأصل عقد وديعة كوديعة السيارات في جراج عام وتضمن القيام بأعمال ثانوية لا تحوله إلى مقاولة كتنظيف العربة وغسلها كل يوم[1] .

٨ — *تمييز المقاولة عن الشركة* : الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة (م ٥٠٥ مدني) . ونرى من ذلك أن الشريك قد تكون حصته في رأس المال هي التزامه بالقيام بأعمال تعود على الشركة بالفائدة ، وقد يكون العمل مثلا هو الحصول على ترخيص أو على « تصاريح » للاستيراد أو نحو ذلك ، فيدخل الشريك بهذا العمل حصة له في الشركة على أن يتقاضى من أرباحها نسبة معينة[2] . وهنا قد تلتبس المقاولة بالشركة ، فإذا كان الشريك الذي دخل بالعمل حصة له يساهم في أرباح الشركة وفي خسائرها ، فالعقد شركة . أما إذا اشترط من يقدم العمل أن يأخذ من الشركة أجراً مقابل « تصاريح الاستيراد » التي حصل لها عليها مبلغاً معيناً ، أو حتى نسبة في أرباح الشركة دون أن يشارك في الخسارة ، فالعقد في هذه الحالة لا يكون شركة بل يكون مقاولة ، التزم فيها المقاول بالحصول على تصاريح الاستيراد لمصلحة الشركة ، والتزمت الشركة أن تعطي المقاول أجراً على ذلك[3] .

والذي يميز الشركة عن المقاولة هو أن الشريك في الشركة تكون عنده نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة ، وهذه النية هي نية تكوين الشركة (affectio societatis) أو إرادة كل شريك في أن يتعاون مع الشركاء الآخرين في نشاط ينطوي على قدر من المخاطرة . أما المقاول فليست عنده هذه النية ولا يريد أن يتحمل مع الشركاء تبعة المخاطرة بحيث يساهم في الأرباح وفي الخسارة ، بل هو يقدم عملا معيناً ويتقاضى أجره على هذا العمل . ووجود نية تكوين الشركة

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٢ مكررة ص ١٤٩ .
(٢) الوسيط ٥ فقرة ١٨٦ ص ٢٧٤ هامش ١ .
(٣) انظر في التمييز بين الشركة والمقاولة بودري وڤال ٢ فقرة ١٦٣٣ .

فيكون العقد شركة ، أو انعدام هذه النية فيكون العقد مقاولة ، مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع [1] .

٩ — *تنوع الأعمال التي تكون محل المقاولة* : رأينا أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا . فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء أو بأداء عمل ، ولما كان صنع الشيء هو أيضاً عمل يؤديه الصانع ، فالمقاول يتعهد دائماً بتأدية عمل . والعمل الذى يؤديه المقاول يختلف من مقاولة إلى أخرى اختلافاً بيناً ، ويتنوع تنوعاً كبيراً . ويمكن تقسيم الأعمال التي يؤديها المقاول من نواح مختلفة : من ناحية طبيعة العمل ومن ناحية حجمه ومن ناحية نوعه .

فمن ناحية طبيعة العمل ، قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ، كنقل الأشخاص والطبع والنشر والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة ونحو ذلك [2] . وقد يكون العمل متصلا بشيء معين . وهذا الشيء إما أن يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل ، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده أو من عند رب العمل ، والحائك يخيط الثوب بقماش من عنده أو من عند العميل ، والبناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل . وإما أن يكون الشيء موجوداً وقت العقد ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يهدمه ، وكحائط يدهنه ، وكأثاث يجدده ، وكسيارة يصلحها .

ومن ناحية حجم العمل ، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة . فالأعمال التي تقدم بيانها فيها الكبير وفيها الصغير . فعمل النجار والحائك والسباك والحداد وأعمال المهن الحرة ونحوها تكون غالباً من المقاولات الصغيرة ، وتتدرج مع ذلك في أهميتها . أما المقاولات الكبيرة ، فهي عادة تشييد المباني

---

(١) الوسيط ٥ فقرة ١٥٩ ص ٢٢٢ .

(٢) وقد يكون العمل ماديا كنقل الأشخاص والطبع والنشر ، أو فنياً كالرسم والنحت والنقش والتصوير والتمثيل ، أو علمياً كالمرافعة والعلاج والمحاسبة ، أو أدبياً كالتأليف والمحاضرة والتدريس .

والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبيرة كالجسور والسدود والخزانات والترع والمصارف والطيارات والسفن والأسلحة الحديثة والذخائر » وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٦٥ من هذا هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ – يرد العقد إما على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة ، أوعلى مقاولات تتعلق بالمرافق العامة . ٢ – ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه « مجرد تعداد »[١] .

ومن ناحية جنس العمل ، هناك من المقاولات ما أصبح معروفاً باسم خاص لانتشاره ، فهناك مقاولات البناء وهى من الانتشار بحيث إذا أطلقت كلمة « المقاولة » انصرفت إليها . وقد وضعت القواعد العامة لعقد المقاولة منظوراً فيها بوجه خاص إلى مقاولات البناء ، وإن كانت تنطبق على سائر المقاولات كما سنرى . وهناك التزام المرافق العامة ، وعقود الأشغال العامة ، وعقد النقل ، وعقد النشر ، وعقد الإعلان ، وعقود المهن الحرة ، وعقد النظارة . وهذه المقاولات ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها ، وسنبحث طائفةمنها بعد أن نبحث القواعد العامة التى تنطبق على جميع المقاولات.

١٠ – التنظيم التشريعى لعقد المقاولة: كان التقنين المدنى القديم ، كما رأينا ، يدمج عقد المقاولة وعقد العمل فى عقد الإيجار ، ويسمى عقد الإيجار بإيجار الأشياء وعقد العمل بإجارة الأشخاص وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع . ففصل التقنين المدنى الجديد ما بين هذه العقود الثلاثة المتباينة ،وسمى « إجارة أرباب الصنائع » باسمها الجديد وهو عقد المقاولة ، للتدليل على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وكيف تعددت أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر .

وقد كان التقنين المدنى القديم يسير على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، ويورد القواعد التقليدية فى هذا العقد على اعتبار أنه عقد ما بين مستصنع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩ – ص ١٠ فى الهامش .

وصانع ، ومركز الصانع بالنسبة إلى المستصنع يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة إلى رب العمل . ولم يعد هذا الوضع يتمشى مع مقتضيات التطور ، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل ، ووجب أن يكون التنظيم التشريعى لهذا العقد متلائماً مع التطور الذى وصل إليه .

وقد قسم التقنين المدنى الجديد النصوص المتعلقة بعقد المقاولة إلى قسمين. فى القسم الأول أورد القواعد العامة التى تنطبق على جميع المقاولات ، ومنها مقاولات البناء . فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين المدنى القديم ، وأضاف إليها أحكاماً جديدة . فبعد أن عرف المقاولة ، عرض لالتزامات المقاول فى حالتى ما إذا تعهد بتقديم العمل والمادة معاً أو تعهد بتقديم العمل فقط . وأورد بنوع خاص القواعد المتعلقة بمسئولية المهندس المعمارى والمقاول بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين ، وانتفاؤها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها ، وسقوطها بالتقادم . ثم عرض لالتزامات رب العمل ، فى حالتى ما إذا أبرم عقد المقاولة بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة أو أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع المقاول . وقرر للمهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال . ثم عرض بعد ذلك للمقاولة من الباطن ، فأجاز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن ، وحدد العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، وجعل للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل دعوى مباشرة يطالبون بها رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى . ثم عرض أخيراً لانتهاء المقاولة ، فأجاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت على أن يعوض المقاول جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ؛ وجعل المقاولة تنتهى باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه ، وبهلاك الشىء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، وبموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد .

وفى القسم الثانى أورد التقنين المدنى الجديد القواعد المتعلقة بنوع خاص من المقاولات هو التزام المرافق العامة ، فنظم العلاقة التى تقوم بين ملتزم المرفق العام وعميله ، وأوجب على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، وجعل لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، وجعل على عملاء المرافق العامة أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق[1].

---

(١) وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :

« إن مجرد التغيير الذى تم فى عنوان هذا الفصل ، وإبدال اسمه القديم — إيجار أهل الصنائع — باسم جديد هو عقد المقاولة ، لكاف فى الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر . فقد كان القصد قديماً من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية ، وهى أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيراً من مركز العامل بالنسبة للسيد أو لرب العمل . ولذلك سارت المؤلفات القانونية قديماً على دراسة هذا العقد ملحقاً بعقد العمل . فنرى مجموعة داللوز (بند ٥٩٨) تبدأ كلامها عن عقد المقاولة ، فى الجزء الذى خصصته له من باب عقد العمل ، بهذه العبارة : « يتميز عقد المقاولة عن عقد العمل بأن السيد لا تكون له إدارة العمل ، ولا تربطه بالصانع علاقة تبعية » . ولهذا أيضاً نجد التقنين المصرى ، أهلياً ومختلطاً ، يتكلم عن عقد الاستصناع وعقد العمل فى باب واحد « إيجار الأشخاص وأهل الصنائع » — على أن هذه النظرية أصبحت لا تتمشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة ، فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل ، ووجب أن يكون التنظيم القانونى لهذا العقد من المرونة بحيث ينسجم مع الحالات المختلفة . نعم لقد حاول التقنين الحالى (السابق) ذلك فى المواد ٤٠٧ — ٤١٠ / ٤٩٧ — ٥٠١ ، ولكن المحاولة لم تكن كافية ، وكان من الواجب أن يعرض المشروع ، علاوة على الأحكام العامة ، لبعض الصور الخاصة للمقاولة ، إذ كيف يمكن القول بأن العلاقة التى تربط الشخص برسام يعهد إليه بعمل لوحة ما هى بعينها التى تربطه بمقاول يكلفه ببناء منزل . — ويمتاز المشروع فى تنظيمه لهذا العقد بأنه يراعى الاعتبارات السابقة ، فهو بعد أن يعرف عقد المقاولة ويذكر صوره المختلفة مبيناً أنه قد يرد على مقاولات صغيرة أو على مقاولات كبيرة (هذا التمييز حذف فى لجنة المراجعة كما سبق القول) أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة ، يعرض القواعد العامة التى تنطبق على كل أنواع المقاولات ، ثم يتكلم أخيراً عن بعض القواعد الخاصة بأنواع معينة من المقاولات . على أنه يجب أن يلاحظ مبدئياً أن هذا التقسيم تقريبى لا محالة ، لأن الانتقال من المقاولة الصغيرة — وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع — إلى المقاولة الكبيرة إنما يتم بالتدريج . كذلك يلاحظ أنه لم يكن ممكناً أن يوضع إلى جانب الأحكام العامة تنظيم خاص لكل الأشكال العملية لعقد المقاولة ، ولذلك اكتفى المشروع ببعض صوره الجارية ، تاركاً للقاضى =

١١ — خطة البحث : ونبحث عقد المقاولة فى بابين :

الباب الأول فى المقاولة بوجه عام ، نورد فيه الأحكام العامة التى تسرى على جميع المقاولات . فنبحث فى الفصل الأول أركان المقاولة ، وفى الفصل الثانى الآثار التى تترتب على المقاولة ، وفى الفصل الثالث انتهاء المقاولة .

ثم نعرض فى الباب الثانى لبعض أنواع المقاولات . فنتكلم فى الفصل الأول فى التزام المرافق العامة ، ونبحث فى الفصل الثانى القواعد الخاصة التى تسرى على بعض مقاولات أخرى هى عقد النشر وعقد الإعلان وعقود المهن الحرة وعقد النظارة .

= أمر تطبيقها وضبطها على الحالات الخاصة — وقد عنى المشروع فيما اعتبره من القواعد العامة ببيان التزامات كل من المقاول ورب العمل وأسباب انتهاء المقاولة ، فاستبقى فيها معظم أحكام التقنين الحالى (السابق) وأضاف إليها أحكاماً جديدة . وفى القواعد الخاصة عنى ببعض أنواع المقاولات ، ولاسيما مقاولات المبانى ، فأورد بشأنها ما تضمنه التقنين الحالى (السابق) من مسئولية المهندس المعمارى والمقاول بالتضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ، ووضع أحكاماً منظمة لهذه المسئولية من حيث شروطها وتوزيعها بين المسئولين ، وارتفاعها بالقوة القاهرة ، وجواز الاتفاق على الإعفاء منها ، وسقوطها بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥ — ص ٦) .

الباب الأول

المقاولة بوجه عام

الفصل الأول

أركان المقاولة

١٢ — **تطبيق القواعد العامة** : أركان عقد المقاولة ، كالأركان فى سائر العقود ، ثلاثة : التراضى والمحل والسبب . ولاشىء يقال فى السبب فى خصوص عقد المقاولة ، ونحيل فى ذلك إلى النظرية العامة فى السبب فى الجزء الأول من الوسيط . فيبقى التراضى والمحل . والمحل فى عقد المقاولة مزدوج ، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل الذى تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة ، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذى يدفعه للمقاول فى مقابل هذا العمل .

فالكلام فى أركان المقاولة يقتضى أن نعرض فى الفرع الأول للكلام فى التراضى ، وفى الفرع الثانى للكلام فى المحل أى فى العمل والأجر .

الفرع الأول

التراضى فى المقاولة

١٣ — **مبحثان** : نبحث على التوالى : (١) شروط الانعقاد فى التراضى . (٢) شروط الصحة فى التراضى .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

١٤ — **توافق الإيجاب والقبول** : يجب لانعقاد المقاولة أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها ، فيتم التراضى بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذى يؤديه المقاول لرب العمل والأجر الذى يتقاضاه منه . وقد رأينا أن المادة ٦٤٦ مدنى ، وهى التى تعرف المقاولة ، تذكر هذه العناصر صراحة إذ تقول : « المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر »[1]. ويكون ذلك خاضعاً للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد .

فيجوز التعبير عن التراضى صراحة أو ضمناً ، ولا يشترط شكل خاص لأن المقاولة من عقود التراضى[2] كما سبق القول .

ويجب التراضى على ماهية العقد . فلو أن شخصاً تعهد أن يقوم بعمل لآخر ولم يعرض للأجر ولكنه أراد بتعهده أن يبرم عقد مقاولة فيتقاضى أجراً ، وكان الآخر يعتقد أن الأول يقوم بالعمل دون أجر ، لم يكن هناك عقد بين الطرفين ، لا عقد غير مسمى كما كان يعتقد المتعاقد الآخر ، ولا عقد مقاولة كما كان يعتقد المقاول الأول .

ويجب التراضى على العمل المطلوب تأديته ، فيعين تعييناً كافياً على النحو الذى سنراه فيما يلى . فلو أن شخصاً اتفق مع صانع على صنع شىء يقدم رب العمل مادته ، فلما قدمها تبين الصانع أن رب العمل يقصد شيئاً آخر غير الذى ظنه الصانع ، فإن المقاولة لا تنعقد لعدم التراضى على العمل المطلوب تأديته .

ويجب التراضى على الأجر الذى يدفعه رب العمل للمقاول . وسنرى عند الكلام فى الأجر كيف يحدد . ويكفى هنا أن نذكر أن الأجر فى عقد المقاولة ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١ .

(٢) وتنص المادة ٦٢٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تتم العقود المبينة فى المادة السابقة (عقد المقاولة وعقد العمل) بمجرد تراضى الفريقين » .

كالأجرة فى عقد الإيجار ، ليس من الضرورى أن يعين فى العقد . فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين الأجر ، لم تكن المقاولة باطلة لذلك ، ويتكفل القانون بتعيين الأجر . وقد نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الأجر .

وإذا كان التراضى يصح أن يكون ضمنياً ، فليس معنى ذلك أنه يفترض ، بل يجب أن يكون موجوداً ، وعلى من يدعيه عبء إثباته . فإذا قام مهندس معمارى بوضع تصميم لبناء دون أن يكلفه رب العمل بذلك ، وكان المهندس يأمل من وراء هذا أن يعجب التصميم رب العمل فيكلفه بتنفيذه ، فإنه لا يجوز فى هذه الحالة أن يفترض أن هناك تراضياً من رب العمل والمهندس على عمل التصميم ، حتى لو كان التصميم قد أعجب رب العمل فعلا وأراد تنفيذه . ولا يكون رب العمل ملزماً أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم ، لأنه لا يوجد عقد مقاولة يلزمه بذلك[1] . ولكن إذا نفذ رب العمل التصميم الذى وضعه المهندس ، كان للمهندس ، أن يرجع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن هذا الأخير قد أفاد من عمله ، ولا يوجد عقد بينهما فلم يبق إلا الرجوع بدعوى الإثراء[2] .

١٥ — التصميم والمقايسة ودفتر الشروط : وعقد المقاولة ، وبخاصة فى عقود المقاولات الكبيرة كمقاولات البناء ، يكون مصحوباً عادة بما يأتى : (١) التصميم (plan) الذى يجرى على مقتضاه العمل . (٢) المقايسة (devis) وهى بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها ، والمواد الواجب استخدامها فى هذه الأعمال ، والأجرة الواجب دفعها عن كل عمل ، وأسعار المواد التى تستخدم . (٣) دفتر الشروط (cahier des charges) ويشتمل على شروط المقاولة بالتفصيل ، وكيف يكون التنفيذ ، والمواعيد التى تتم فيها الأعمال

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٥ مايو سنة ١٨٩١ داللوز ٩٥ — ٥ — ٦٥٥ — ٨ أبريل سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ — ٣ — ٧٤ — ٢٥ يناير ١٨٩٥ داللوز ٩٦ — ٣ — ١١ — ٢٥ يوليه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ٣ — ٥٩ — باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دى باليه ١٩١٢ — ٢ — ٢١٠ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٦ — محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٢ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٧ .

المختلفة ، وغير ذلك من الشروط التي وضعها رب العمل في الدفتر ويوافق عليها المقاول بإبرامه عقد المقاولة .

وليس من الضروري أن توجد كل هذه الوثائق منفصلة بعضها عن الآخر ، بل يجوز ألا يوجد إلا عقد المقاولة وحده ، يتضمن عناصر العقد ، ويشتمل في الوقت ذاته على بيان الأعمال المطلوب تأديتها بياناً كافياً يغني عن التصميم ، وعلى الأجر الواجب دفعه فلا تكون هناك حاجة لمقايسة منفصلة ، وعلى جميع الشروط الواجب مراعاتها في تنفيذ العقد فيغني ذلك عن دفتر الشروط .

على أن عقد المقاولة ، قبل إبرامه ، قد تسبقه مقايسة يتقدم بها المقاول ، وتصميم يتقدم به المهندس . واتفاق رب العمل مع المقاول على أن يقدم له مقايسة لا يعني أنه ارتبط نهائياً بعقد مقاولة يقوم على هذه المقايسة ، بل يستطيع رب العمل بعد أن تقدم له المقايسة ألا يقبل إبرام عقد المقاولة ، إما لأن المقايسة لا ترضيه ، وإما لأنه قد عدل عن المشروع الذي كان يعتزم تنفيذه ، وإما لغير ذلك من الأسباب[1] . بل هو لا يكون مسئولا عن تعويض المقاول عما أنفقه من وقت وجهد في عمل المقايسة ما لم يتفق معه على غير ذلك ، إذ المفروض أن المقايسة عمل ابتدائي يمهد لإبرام عقد المقاولة ، دون أن يقيد رب العمل بإبرام العقد ، ودون أن يكلفه ذلك نفقة إذا رأى ألا يبرم المقاولة[2] . كذلك إذا اتفق رب العمل مع المهندس على أن يضع له تصميما ، فوضع

---

(١) بيدان ١٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٠٢ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٨ – باريس ٧ مارس سنة ١٩١٢ جازيت دي باليه ١٩١٢ – ٢ – ٢١٠ ، ويقال في تبرير ذلك إن المقاول تاجر وإنه يدخل في حساب نفقاته العامة مصروفات المقايسات التي يقدمها ولا تنتهي إلى تعاقد ، وهذه النفقات العامة يراعيها في التعاقد مع من يتعاقد معه من عملائه (السين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٣ – ٢ – ٨٩) . ولكن إذا تعسف رب العمل فلم يبرم عقد المقاولة تعنتا ، رجع عليه المقاول بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا التعسف . كذلك إذا رفض رب العمل التعاقد مع المقاول ، ولكنه استعمل المقايسة أو التصميم الذي قدمه المقاول ، فإن هذا الأخير يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب (دلفو فقرة ١٣٦ ص ١٢٤ وفقرة ١٣٧ ص ١٢٤ – ص ١٢٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٣) .

ويلاحظ أنه إذا كان الذي وضع المقايسة مهندساً معمارياً بالاتفاق مع صاحب العمل ، فإنه يستحق أجراً عليها سواء أبرم رب العمل المقاولة أولم يبرمها (انظر م ٦٦٠ مدني – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٠ ص ١٥٨ – مازو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص ١١١١) .

التصميم لا يقيد رب العمل ولايلزمه بإبرام عقد المقاولة الذى يقوم على هذا التصميم حتى لو كان التصميم قد أعجبه ، فقد يعدل عن المشروع الذى يعتزم تنفيذه لأى سبب . ولكن التصميم فى ذاته عمل فنى ذو قيمة ، ويتكلف جهداً ووقتاً . بل إن اتفاق رب العمل مع المهندس على وضع التصميم هو ذاته عقد مقاولة يرد على التصميم ، ويمهد لعقد المقاولة الأصلى[1] . فإذا عدل رب العمل عن إبرام عقد المقاولة بعد وضع التصميم ، وجب عليه أن يدفع للمهندس أجراً على التصميم الذى وضعه ، وإذا كان هناك اتفاق على هذا الأجر وجب دفع الأجر المتفق عليه ، وإلا وجب تقدير الأجر وفقاً للعرف الجارى . وتقول المادة ١/٦٦٠ و٢ مدنى فى هذا الصدد : « ١ — يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال . ٢ — فإن لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى » . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى .

١٦ — **التعاقد بطريقة المسابقة :** فى كل ما قدمناه كنا نفرض أن رب العمل تعاقد مع المقاول عن طريق المساومة فاختار مقاولا يثق فى كفايته وعهد إليه فى تنفيذ العمل المطلوب . ولكن يقع كثيراً أن يعمد رب العمل إلى إبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة (concours) . والذى يوضع فى المسابقة إما أن يكون التصميم اللازم للعمل المطلوب ، وإما أن يكون الأجر الذى يتقاضاه المقاول لتنفيذ عمل طبقاً لمواصفات معينة .

ففى الحالة الأولى — وضع التصميم فى المسابقة — يدعو رب العمل عن طريق الإعلان فى الصحف أو بغير ذلك من طريق الإعلان كل من يريد الدخول فى المسابقة لوضع تصميم للعمل المطلوب ، ويعين هذا العمل تعييناً كافياً . فيعلن مثلا عن مسابقة لوضع تصميم لبناء عمارة من عشرة أدوار تبنى

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٣ أبريل سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ٣ — ٨٩ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩١٠ — ٥ — ١٦ — ٢٥ نوفبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ — ٣ — ١١٨ — البين ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣٣ — ٢ — ٨٩ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ١٠٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٨ — مازو ٣ فقرة ١٣٤٢ ص ١١١١ — ص ١١١٢ — محمد لبيب شنب فقرة ٥٧ ص ٧٣ — ص ٧٤ .

على مساحة ألف متر ، ويعين الأرض التى تبنى عليها العمارة كما يذكر الشروط التى يتطلبها فيها ، أووضع تصميم لبناء مدرسة أومسرح أومستشفى أومصنع أو غير ذلك من المنشآت . ويعين رب العمل عادة لجنة من المحكمين يوكل إليهم فحص التصميمات المقدمة فى المسابقة لاختيار أفضلها ، ويحدد جائزة للفائز من المتسابقين . وقد تكون الجائزة هى التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذه ، بالشروط التى تكون قد ذكرت فى دفتر الشروط(١) . وقد يتحفظ رب العمل فيذكر فى إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد مقاولة مع الفائز من المتسابقين ، ولكنه فى هذه الحالة يعين جائزة للفائز فى المسابقة لمكافأته على جهوده فى وضع التصميم(٢) . والمفروض أن رب العمل ، إذا لم يتحفظ فيبين أنه غير ملزم بالتعاقد مع الفائز ، يكون ملزماً بالتعاقد معه . ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولايعتبر إيجابا ، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها ، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً . ووجب أن يتصل به قبول رب العمل . ورب العمل ملزم بالقبول إلا إذا قامت أسباب مشروعة تمنعه من التعاقد ، فعند ذلك يعوض الفائز تعويضاً عادلا عن جهده ووقته ، هذا إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة(٣) . أما إذا لم تكن هناك أسباب معقولة لعدم التعاقد ، وامتنع رب العمل عن التعاقد ، فإنه يجب أن يعوض الفائز تعويضاً كاملا عما أصابه من ضرر بسبب عدم التعاقد معه ، فيتقاضى تعويضاً عن الخسارة التى تحملها وعن الكسب الذى فاته(٤) . ويجوز أن يكون التعويض عينياً فيعتبر القاضى أن عقد المقاولة قد تم(٥) ، وعند ذلك إذا لم يقم رب العمل بتنفيذ التزاماته سرت أحكام المادة ٦٦٣ مدنى ، فيعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٢ .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٨٤ — أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٣ .

(٣) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٨٣ .

(٤) أما غير الفائز من المتسابقين فلا يستحق تعويضاً (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٢) .

(٥) محمد لبيب شنب فقرة ٥٨ ص ٧٥ .

من الأعمال فى وضع التصميم وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل الذى وضع التصميم من أجله .

وفى الحالة الثانية – وضع الأجر فى المسابقة – يكون ذلك عن طريق المناقصة طبقاً لمواصفات وضمانات تدرج عادة فى دفتر الشروط . والمناقصة إما أن تكون مناقصة علنية (adjudication aux enchères publiques) ، يتقدم فيها المتسابقون وترسو المناقصة على من يقدم علناً أقل عطاء مع إعطاء التأمينات الكافية . والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعتبر إيجاباً[1] ، وإرساء المناقصة على من قدم أقل عطاء يعتبر هو القبول ، فيتم عقد المقاولة برسو المناقصة (م ٩٩ مدنى). وإما أن تكون المناقصة عن طريق تقديم عطاءات (soumissions) فى مظاريف مختومة (enveloppes cachetées) ، وفى اليوم المحدد تفتح هذه المظاريف وترسو المناقصة على من قدم أقل عطاء[2] مع تقديمه التأمينات الكافية طبقاً لدفتر الشروط[3] . وقد يحتفظ رب العمل بالحق فى ألا يلتزم بالتعاقد مع صاحب أقل عطاء أو مع صاحب أى عطاء تقدم للمسابقة . وعند ذلك لا يكون ملزماً بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة أو مع غيره من المتسابقين[4] . فإذا لم

---

(١) ومن وقت تقديم العطاء لا يستطيع رب العمل أن يغير من شروط المناقصة ، كأن يعين مثلا حداً أقصى للأجر . والمتقدم بالعطاء قبل تعيين الحد الأقصى يعتبر فائزاً إذا كان عطاؤه هو أقل العطاءات ، ولو كان يزيد على الحد الأقصى (السين ١٢ فبراير سنة ١٩٠٧ جازيت دى تريبينو ٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٤) . وقد يجد رب العمل من مصلحته أن يعين حداً أدنى للأجر حتى يضمن جدية العطاءات ، ولا يستطيع أن يذيع هذا الحد الأدنى قبل تقديم العطاءات إذ لو أذاعه لفقد مفعوله كما لا يخفى ، ومن ثم إذا تقدم شخص بعطاء دون هذا الحد الأدنى فلم ترس عليه المناقصة لم يكن له حق فى الرجوع بشىء على رب العمل (محكمة صلح باريس ٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٤١٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٥) .

(٢) وإذا لم يعين رب العمل حداً أقصى للأجر الذى يجوز أن ترسو به المناقصة ، لم يجز أن يرفض أقل عطاء مهما كان مرتفعا (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٨٤ ص ١٠٨٠) .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى أول يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ – ٥ – ٦٤٥ – ١٠ يوليه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ – ٥ – ٦٨٩ – باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ٢ – ٧١ – ٥ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ – ٢ – ٥٩ – بلانيول وريپير وروراست ١١ فقرة ٩٢٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٥٩ .

(٤) باريس ١٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ٢ – ٧١ – بلانيول وريپير وروراست ١١ فقرة ٩٢٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٥٩ ص ٧٦ .

يحتفظ بهذا الحق ، وجب عليه إرساء المناقصة على من تقدم بأقل عطاء ، وهذا هو القبول كما قدمنا . فإن لم يفعل ألزم بتعويض الفائز تعويضاً كاملا[١]، أو جاز الحكم بإرساء المناقصة على هذا الفائز على سبيل التعويض العينى ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى مسابقة التصميم .

١٧ — الإثبات : وعقد المقاولة يخضع للقواعد العامة المقررة فى الإثبات. فيجوز إثباته بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، إذا لم تزد قيمة الأجر على عشرة جنيهات ، وإلا وجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها[٢] .

وقد يجرى العرف بعدم الإثبات بالكتابة ، كما هى الحال فى العقد ما بين الطبيب والمريض[٣] .

وقد يثبت العقد بالإقرار ، والإقرار لايتجزأ طبقاً للقواعد العامة . فإذا

---

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٨٣ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٧٧٩ وفقرة ٨١٥ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٨٦ — مازو ٣ فقرة ١٣٤٠ ص ١١١١ — فيجوز إثبات المقاولة ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، بالبينة أو بالقرائن . وقد قضى بأن الكتاب الموقع من رب العمل إلى المجلس البلدى بطلب أرض لازمة لإقامة بناء عليها ، ويشير فيه رب العمل إلى أنه كلف مهندساً معمارياً بوضع التصميم ، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمهندس إثبات التعاقد مع رب العمل بالبينة وبالقرائن (الجزائر ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤ — ٢ — ٥٠٤) . أما إذا لم يوقع رب العمل هذا الكتاب ، فلا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (السين ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٦٠ — ٢٠ — وانظر محمد لبيب شنب فقرة ٦٤ ص ٨٢ — ص ٨٣) .

وكذلك تسرى القواعد العامة فى إثبات الوفاء بالأجر أو بقسط منه (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٦) .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢١ ص ١٥٧ — ويعتبر عرف ماجرى به بعض المهن من قبيل الموانع الأدبية التى تجيز الإثبات بالبينة وبالقرائن (الوسيط ٢ فقرة ٢٣٩ ص ٤٦٥) . فيجوز للطبيب أن يثبت العقد بينه وبين المريض بالبينة والقرائن وسجلات الطبيب ولو كانت غير منتظمة ، ولو زاد الأجر على عشرة جنيهات(استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ — باريس ٥ مايو سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٣٢) . وجرى العرف فى مقاولات الحياكة ألا تؤخذ كتابة على العميل أو على الحائك ، فتسرى القواعد المتقدمة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨) . وقد تقوم القرابة مانعاً أدبياً ، كالمهندس يتعاقد مع أحد أقربائه أو مع زوجته ، أما قيام علاقة الصداقة بين أسرة المهندس والطرف الآخر فلا يعتبر مانعاً أدبياً (كولمار ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٢٩ — ٢٧٥ — محمد لبيب شنب فقرة ٦٤ ص ٨٤) .

أقر رب العمل بعقد المقاولة ، وذكر فى إقراره أنه دفع الأجر ، فإنه لايصح أن يجزأ إقراره عليه ، وعلى المقاول أن يثبت أن الأجر لم يدفع(١) .

أما إثبات أن المقاول قد قام بأعمال لمصلحة شخص دون أن يكون هناك عقد مقاولة ، فهذا أمر يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، مهما بلغت قيمة هذه الأعمال(٢) .

وهناك حالة لا يجوز فيها الإثبات إلا بالكتابة ، وهى حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أوإضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أويكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره ، ولايجوز أن يثبت هذا الاتفاق إلا بالكتابة مالم يكن العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة (م٦٥٨ مدنى) . وسيأتى بيان ذلك فيما يلى(٣) .

وإذا كان عقد المقاولة تجارياً ، فإنه يجوز طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن إثباته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، ولو زادت قيمة الأجر على عشرة جنيهات . وننتقل إلى بيان متى يكون عقد المقاولة مدنياً ومتى يكون تجارياً .

١٨ — متى يكوں عقد المقاولة مدنيا ومتى يكوں تجاريا : هنا يجب التمييز بين عقد المقاولة من جانب رب العمل وهذا العقد من جانب المقاول . فعقد المقاولة من جانب رب العمل يكون فى العادة عقداً مدنياً(٤) . ذلك أن رب العمل يكون غالباً غير تاجر . فإذا تعاقد شخص مع نجار لصنع أثاث ، أومع حائك لصنع ثوب ، أومع مقاول لبناء منزل(٥) ، فالعقد

---

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٨٨ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٣٨ .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٨٧ .

(٣) انظر فقرة ٩٩ وما بعدها .

(٤) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص ١٦٤ .

(٥) جيوار ٢ فقرة ٨١٦ وفقرة ٨٣١ — هيك ١٠ فقرة ٤١٨ — ليون كان ورينو ١ فقرة ١٣٧ مكررة — تالير فقرة ١٨— بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠١٨ ، وقد قضت محكمة النقض

مدنى بالنسبة إلى رب العمل ، سواء ورد المادة من عنده أوورده المقاول : وإذا تعاقد شخص مع طبيب لعلاجه ، أومع محام للدفاع عنه فى قضية ، أومع مهندس لوضع تصميم ، أومع محاسب لمراجعة حساباته ، فالعقد أيضاً بالنسبة إلى رب العمل مدنى . وإذا كان رب العمل تاجراً ولكن المقاولة لم تتعلق بشؤون تجارته ، كأن تعاقد مع نجار أوحائك أومقاول على صنع أثاث أوثوب أو بناء منزل ولكن لحاجاته الخاصة لا لأعمال تجارته ، أوتعاقد مع طبيب لعلاجه أومع محام للدفاع عنه فى قضية مدنية خاصة به ، فالعقد يكون هنا أيضاً مدنياً بالنسبة إليه بالرغم من أنه تاجر . فإذا كان رب العمل التاجر أبرم المقاولة متعلقة بشأن من شؤون تجارته ، كأن تعاقد مع مقاول لبناء مصنع له أو لترميم محل تجارته أولإصلاح آلة يستعملها فى صناعته ، أو نشر إعلاناً تجارياً[1] ، فإن عقد المقاولة يكون بالنسبة إليه فى هذه الحالة عقداً تجارياً طبقاً لنظرية التبعية لأعمال التجارة[2] . ويترتب على أن يكون عقد المقاولة تجارياً أنه يجوز إثباته عليه بجميع طرق الإثبات حتى لو كانت قيمة الأجر أكثر من عشرة جنيهات ، وأن القضية التى ترفع ضده فى شأن هذا العقد ترفع أمام المحاكم التجارية .

وعقد المقاولة من جانب المقاول يكون تارة مدنياً وتارة تجارياً . فهو مدنى إذا لم يعتبر عملا من أعمال التجارة . وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالا

= بأنه لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أذنه فى إجراء أعمال زائدة على المتفق عليه فى عقد المقاولة ، لأن المقاولة لا تعتبر عملا تجارياً بالنسبة إلى صاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٦ ص ١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه).

(١) أو كان رب العمل تاجراً يبيع الأثاث مثلا ، فتعاقد مع مقاول على صنع أثاث لبيعه ، فإن عقد المقاولة يكون تجارياً حتى بالنسبة إلى رب العمل (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص ١١٨٥) .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨١٥ – هيك ١٠ فقرة ٤١٨ – ليون كان ورينو ١ فقرة ١٧١ – تالير فقرة ٥٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ – محمد صالح فى القانون التجارى طبعة سابعة سنة ١٩٤٩ ١ فقرة ٣٦ – محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٣ – ولكن إذا تعاقد شخص مع مقاول على إقامة بناء وهو ينوى بعد أن يتم البناء أن يبيعه ابتغاء الكسب ، فإن العقد لا يكون تجارياً بالنسبة إلى رب العمل ، لأن التعامل فى العقارات لا يعتبر عملا من أعمال التجارة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ – عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨١٥) .

مدنية[١] ، فالطبيب إذا تعاقد مع المريض لعلاجه ، والمحامى إذا تعاقد مع عميله للدفاع عنه ، والمهندس إذا تعاقد مع شخص لوضع تصميم يريده هذا الأخير ، والرسام أو النحات إذا تعاقد مع عميل لعمل صورة أو لصنع تمثال ، فالعقد فى جميع هذه الأحوال يكون عقداً مدنياً حتى من جانب المقاول وهو صاحب المهنة الحرة ، وقد رأينا أنه يعتبر أيضاً مدنياً من جانب رب العمل[٢].

على أن صاحب المهنة الحرة قد يقوم بأعمال تجارية تستغرق كثيراً من نشاطه ، كالمهندس يضع التصميم والمقايسة ويشرف على العمل ويقوم هو نفسه بأعمال البناء فيورد المواد والآلات ويقدم العمال اللازمين ، ففى مثل هذه الحالة لا يتجزأ العقد ، ويعتبر تجارياً بالنسبة إلى المهندس[٣]. ويكون عقد المقاولة تجارياً بالنسبة إلى المقاول إذا اعتبر عملا من أعمال التجارة . فالنجار أو الحائك إذا تعاقد على صنع أثاث أو ثوب ، سواء ورد المادة من عنده أو لم يوردها ، هو تاجر يقوم بعمل من أعمال التجارة ، والعقد الذى يبرمه يكون عقداً تجارياً بالنسبة إليه[٤]. وصاحب المحلج يحلج القطن ، وصاحب المعصر بعصر البذرة ، وصاحب المطحن يطحن الحبوب ، وصاحب المصنع يصلح السيارة ، وصاحب المصبغة يصبغ الملابس ، كل هؤلاء تجار يقومون بأعمال تجارية ، والعقود التى يبرمونها فى هذا الشأن تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم[٥] . وأصحاب دور

---

(١) حتى لو كان أصحاب المهن الحرة يقومون بأعمالهم على سبيل التكرار وبمعاونة مساعدين مأجورين ، ذلك لأن الأعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية ، ومن ثم فقصد الربح من هذه الأعمال ليس هو العنصر الغالب (جان ساڤاتييه رسالته فى المهن الحرة ص ١٨٩ – أكثم أمين الخولى الوسيط فى القانون التجارى طبعة سنة ١٩٥٦ فقرة ١١٤ ص١٢٩ – محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٤) .

(٢) إلا إذا كان رب العمل احترف التجارة ، وقصد إعادة بيع النتاج الفنى كلوح التصوير والتماثيل (محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٥١ ص ٥٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص ٥٤) .

(٣) جان ساڤاتييه رسالته فى المهن الحرة ص ١٩١ – محمد لبيب شنب فقرة ٤١ ص٥٤ – ص ٥٥ .

(٤) محمد صالح فى القانون التجارى طبعة سابعة سنة ١٩٤٩ ١ فقرة ٥٥ ص ٥٥ – محسن شفيق فى القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٧٩ ص ٧٨ – محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٥ .

(٥) مصطفى كمال طه فى القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٣ ص ١٠٤ – محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٥ .

السينما والمسارح وقاعات الموسيقى والرقص ، كل هؤلاء عندما يتعاقدون مع عملائهم يبرمون عقود مقاولة تعتبر عقوداً تجارية بالنسبة إليهم ، وهي عقود مدنية بالنسبة إلى العملاء[١] . والمقاول عندما يتعاقد مع رب العمل على إقامة بناء أو مصنع ، أو على ترميم منزل ، أو على إنشاء طريق أو جسر ، أو على حفر ترعة ، أو مصرف ، أو على مد سكة حديدية ، أو نحو ذلك من أعمال الإنشاءات ، يقوم بعمل من أعمال التجارة ويعتبر العقد بالنسبة إليه عقـداً تجارياً وذلك سواء ورد المواد من عنده أو وردها رب العمل[٢] . ويترتب على أن العقد يكون تجارياً بالنسبة إلى المقاول أنه يجوز إثباته عليه بجميع الطرق ولو كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات ، وأنه إذا رفعت قضية ضده في شأن هذا العقد كانت القضية من اختصاص المحاكم التجارية[٣] .

المبحث الثانى

شروط الصحة

١٩ — الأهلية وعيوب الإرادة : شروط صحة المقاولة هي شروط

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٦ — مصطفى كمال طه في القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٧٩ ص ١١٤ — أكثم أمين الخولى في القانون التجارى سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠٢ ص ١١٠ — محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٦ .

(٢) الزقازيق ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٩٨ ص ١٦١ — طنطا ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٦ ص ١١٧ — نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٢٤٦ — مصطفى كمال طه في القانون التجارى طبعة ثانية سنة ١٩٥٦ جزء أول فقرة ٨٠ ص ١١٦ — أكثم أمين الخولى في القانون التجارى سنة ١٩٥٦ فقرة ٩٨ ص ١٠٤ — محمد لبيب شنب فقرة ٤٢ ص ٥٦ — انظر عكس ذلك وأن العقد يكون مدنياً إذا لم يورد المقاول مواد البناء من عنده بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٠٩ ص ١١٨٥ — محسن شفيق في القانون التجارى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٧ جزء أول فقرة ٨٢ ص ٨٣ .

(٣) هذا من ناحية الاختصاص النوعى . والمقاولة — سواء كانت عقداً تجارياً أو عقداً مدنياً — تكون من ناحية الاختصاص المحلى من اختصاص المحكمة التي في دائرتها أبرمت المقاولة أو نفذت متى كان فيها موطن المدعى ، كما تكون من اختصاص المحكمة التي في دائرتها موطن المدعى عليه . وتنص المادة ٦٣ مرافعات على أنه « في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وأجور المساكن وأجور العمال والصناع ، يكون الاختصاص للمحكمة التي في دائرتها تم الاتفاق أو نفذ متى كان فيها موطن أحد الخصوم » .

صحة أي عقد آخر : توافر الأهلية الواجبة وسلامة التراضي من عيوب الإرادة؛ فإذا كان التراضي صادراً من ناقص الأهلية أو كان معيباً بعيب من عيوب الإرداة ، كانت المقاولة قابلة للإبطال ، فإذا أبطلت اعتبرت كأن لم تكن ، ويصفى المركز بين رب العمل والمقاول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب .

ونتكلم فى المسألتين اللتين تتضمنهما شروط الصحة : (١) الأهلية فى المقاولة . (٢) عيوب الرضاء فى المقاولة .

المطلب الأول

الأهلية فى المقاولة

٢٠ — المقاولة من عقود التصرف أوهى فى حكمها : المقاولة عقد يلزم رب العمل بدفع الأجر ، فهى من هذه الناحية من عقود التصرف . وهى تلزم المقاول بتقديم عمله وبتقديم المادة التى يستخدمها أو بتقديم عمله فقط ، وهى حتى فى هذه الحالة الأخيرة تكون فى حكم عقود التصرف . ونستعرض ذلك من ناحية أهلية رب العمل ، ثم من ناحية أهلية المقاول .

٢١ — أهلية رب العمل : رب العمل يلتزم بدفع الأجرة ، فتكون المقاولة بالنسبة إليه من أعمال التصرف . فيجب إذن أن يتوافر رب العمل على أهلية التصرف ، أى يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية عليه . فالقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له فى الإدارة ، ليس أهلا لإبرام عقد المقاولة بصفته رب عمل ، وإذا أبرم العقد كانت المقاولة قابلة للإبطال لمصلحته . ولا يملك نائب القاصر أو المحجور أن يعقد المقاولة باسم القاصر أو المحجور لأنها من أعمال التصرف كما قدمنا ، وإذا أراد أن يستغل مال القاصر فى بناء عمارة مثلا وجب أن يحصل على إذن من المحكمة فى ذلك .

ولكن قد تكون المقاولة من جانب رب العمل من أعمال الإدارة ، كما رأينا فى الاستئجار من جانب المستأجر (١) . فالعقد الذى يبرمه رب العمل مع المقاول لترميم منزله(٢) ، والعقد الذى يبرمه مع نجار

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٨٧ .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩١ — محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص ٨١ .

أو حائك لصنع الأثاث الضرورى لسكنه أو لصنع ثوب يلبسه ، كل هذه العقود تعتبر من أعمال الإدارة ، ويكفى فيها أن يتوافر رب العمل على أهلية الإدارة . ومن ثم يجوز للقاصر أو المحجور لسفه أو غفلة المأذون له فى الإدارة أن يبرم عقد المقاولة فى هذه الأعمال بصفته رب عمل ، كما يجوز ذلك لنائب القاصر أو المحجور دون حاجة للحصول على إذن . وهذا هو أيضاً حكم الترميمات الكبيرة إذا كانت ضرورية لحفظ الشيء[1].

ولكن صنع شيء جديد أو إقامة بناء أو إدخال تحسينات عليه لا تكون من قبيل الترميمات الضرورية ، كل هذا لا يعتبر من أعمال الإدارة بل هو من أعمال التصرف ، فلا يملكه إلا البالغ الرشيد ، ولا يملكه القاصر أو المحجور ، وكذلك لا يملكه نائب القاصر أو المحجور إلا بعد الحصول على إذن [2] كما سبق القول .

٢٢ — أهلية المقاول : والمقاولة من جانب المقاول تعتبر أيضاً فى حكم أعمال التصرف ، فهو إذا التزم بتقديم المادة مع العمل ، فإنه يتصرف فى المادة ويكون بمثابة البائع لها . وحتى لو التزم بتقديم العمل وحده دون المادة ، فهو مضارب بعمله معرض للربح والخسارة ، وقد يصبح مسئولا بموجب عقد المقاولة عن تعويض رب العمل عما يلحقه به من أضرار . فتعاقده إذن يدور بين النفع والضرر . ومن ثم يجب فى الأصل أن تتوافر فى المقاول ، هو أيضاً ، أهلية التصرف بأن يكون بالغاً رشيداً . فإذا كان قاصراً أو محجوراً لسفه أو غفلة ، ولو كان مأذوناً له فى الإدارة ، لم يجز له أن يبرم عقد مقاولة ، وإذا فعل كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته[3] .

على أنه إذا كان المقاول صانعاً صغيراً ، نجاراً أو حداداً أو سباكاً أو نحو ذلك ، فيمكن القول إنه يستطيع أن يكسب عيشه من صنعته حتى لو كان

---

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٨٩٢ .

(٤) محمد لبيب شنب فقرة ٦٣ ص ٨٢ .

(٥) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٢ – وتنص المادة ٦٢٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ولا يكون هذا التراضى صحيحاً إلا إذا كان المتعاقدون أهلا للالتزام . أما المحجور والقاصر فيلزمهما أن يعملا تحت إشراف الذين وضعا تحت ولايتهم أو أن يحصلا على إجازة منهم » .

قاصراً ، فيكون أهلا لإبرام عقود المقاولة المألوفة الداخلة فى صنعته[1].

ويقرب من الأهلية الواجب توافرها فى المقاول[2] ما جاء فى قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٠٣ لسنة ١٩٦١ الصادر فى ٢٠ يوليه سنة ١٩٦١ والمعدل بقرار صدر فى سنة ١٩٦٢ . فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على أنه « لا يجوز إلا بقرار من رئيس الجمهورية للحكومة والمؤسسات العامة والشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال ، أن تعهد بأعمال المقاولات والأشغال العامة إلا إلى الشركات التى تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها . ولا يسرى هذا الحظر بالنسبة للأعمال التى لا تزيد قيمتها على ١٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) بشرط عدم تجزئة العمليات ، وعلى ألا يزيد مجموع ما يعهد به من هذه العمليات إلى مقاول واحد فى السنة على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنيه (كانت القيمة ٣٠٠٠٠ جنيه قبل تعديل سنة ١٩٦٢) سواء عهد إليه بها من جهة واحدة أو أكثر من الجهات المذكورة فى الفقرة الأولى » .

---

(١) ويقاس عقد المقاولة على عقد العمل الذى ورد فى شأنه نص صريح ، إذ تقضى المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال بأن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقاً لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة » . والأجر الذى يتقاضاه القاصر ، يكون هذا أهلا للتصرف فيه إذا بلغ السادسة عشرة ، تطبيقاً لأحكام المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال ، وهى تنص على أن « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية » . وحتى لو لم يبلغ القاصر السادسة عشرة ، يخصص له من أجره ما يلزم لأغراض نفقته ولو كان الأجر كله ، فيكون له أهلية التصرف فيه تطبيقاً لأحكام المادة ٦١ من قانون الولاية على المال ، وهى تنص على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » .

(٢) وإن كان ليس من أهلية الأداء ولا من أهلية الوجوب (قارن محمد لبيب شنب فقرة ٦٠ ص ٧٨ وص ٧٩) ، بل هو منع من التعامل بموجب نص تشريعى ، كمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع المريض مرض الموت من بيع ماله إلا فى حدود معينة (انظر فى هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ١٤٧) .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك مقاولات وأشغالا عامة إذا توافرت فيها شروط معينة لا يجوز أن يكون مقاولا فيها إلا الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها . فالأفراد والشركات الخاصة والشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة تقل عن ٥٠٪ من رأس مالها ، كل هؤلاء – وتمكن تسميتهم بمقاولي القطاع الخاص – ممنوعون من أن يدخلوا مقاولين في مقاولات أو أشغال عامة للحكومة أو للمؤسسات العامة أو للشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال إلا بقرار من رئيس الجمهورية .

بقي استعراض الشروط الواجب توافرها في المقاولات حتى يقوم هذا المنع ، وهي شرطان : (١) شرط يرجع إلى رب العمل ، وهو أن يكون رب العمل في هذه المقاولات هو الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة ٢٥٪ من رأس المال . فهذه مقاولات للمصلحة العامة دخل ظاهر فيها ، إذ هي مقاولات للحكومة أو لشخص معنوي عام أو في القليل لشركة تساهم فيها الحكومة أو المؤسسات العامة بنسبة كبيرة تبلغ ٢٥٪ من رأس المال على الأقل . (٢) وشرط يرجع إلى قيمة المقاولة ، وهو أن تكون هذه القيمة تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه . فإذا كانت المقاولة لا تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه فالمنع لا يقوم ، ويستطيع مقاولو القطاع الخاص أن يدخلوا مقاولين فيها دون قرار من رئيس الجمهورية . وكذلك لا يقوم المنع لو أن المقاولة تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه ولكنها مقاولة لا يكون رب العمل فيها هو الحكومة أو مؤسسة عامة أو شركة مختلطة (للحكومة أو لمؤسسة عامة ٢٥٪ من أسهمها) ، وإنما يقوم المنع إذا اجتمع الشرطان معاً كما سبق القول . ويلاحظ بالنسبة إلى القيمة أمران : (الأمر الأول) أن تكون قيمة المقاولة جميعها حتى لا يقوم المنع لا تزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه ، فإن زادت قام المنع حتى لو جزئت المقاولة إلى أجزاء لا تزيد قيمة كل جزء منها على ١٠٠٠٠٠ جنيه وعهد بها جميعاً إلى مقاول واحد ، فإن ذلك يكون تحايلا على القانون ، وتكون العبرة بمجموع قيمة المقاولة لا بقيمة كل جزء منها ، فيقوم المنع . (الأمر الثاني) ألا يزيد مجموع ما يعهد به إلى المقاول من مقاولات في السنة الواحدة ، حتى لا يقوم المنع ، على ما قيمته ١٠٠٠٠٠ جنيه ، سواء

عهد إليه بها من جهة واحدة كالحكومة أو من أكثر من جهة كالحكومة ومؤسسة عامة وشركة مختلطة . فإن دخل مقاول من القطاع الخاص مقاولا فى مقاولتين للحكومة ، أو فى مقاولة للحكومة ومقاولة لمؤسسة عامة ، أو فى مقاولتين لمؤسسة عامة ، أو فى مقاولتين لشركة مختلطة ، أو فى أكثر من مقاولتين لجهة أو أكثر من هذه الجهات ، بحيث يزيد مجموع قيم هذه المقاولات على ١٠٠٠٠٠ جنيه ، قام المنع ، ووجب الحصول على قرار من رئيس الجمهورية . وفى حساب مجموع هذه المقاولات ، تدخل كل مقاولة بداهة بجميع أجزائها إذا كانت قد جزئت . فإذا حصل مقاول القطاع الخاص على مقاولة من الحكومة مجزأة على جزئين كل جزء منها قيمته ٥٠٠٠٠ جنيه فيكون مجموع قيمة المقاولة ١٠٠٠٠٠ جنيه(١) ، وحصل فى السنة نفسها على مقاولة من شركة مختلطة قيمتها ٢٠٠٠٠ جنيه ، قام المنع ، لأن مجموع قيم هاتين المقاولتين يزيد على ١٠٠٠٠٠ جنيه . ولكن يجوز أن يعهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاولة قيمتها ١٠٠٠٠٠ جنيه ولا يتمها فى السنة التى حصل فيها عليها ، ثم يعهد إليه فى السنة التالية بمقاولة أخرى قيمتها ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، فينفذ فى هذه السنة التالية عمليات تزيد قيمتها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، المقاولة الجديدة وبقية المقاولة القديمة . إذ المحظور هو أن يبرم المقاول فى السنة الواحدة مقاولات تزيد قيمتها على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه ، لا أن ينفذ مقاولات تزيد على هذه القيمة(٢) .

والمنع ليس مطلقاً ؛ إذ يزول بالحصول على قرار من رئيس الجمهورية . فإذا لم يحصل المقاول على هذا القرار ، كانت المقاولة التى زادت بها قيمة المقاولات على ١٠٠ ٠٠٠ جنيه باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها للقانون . فإذا عهد إلى مقاول القطاع الخاص بمقاولة قيمتها ٧٠ ٠٠٠ جنيه ، ثم عهد إليه فى السنة نفسها بمقاولة قيمتها ٥٠ ٠٠٠ جنيه ، كانت المقاولة الثانية دون الأولى هى الباطلة .

---

(١) ويكفى أن يعهد إليه بالجزئين فى نفس السنة ، حتى لو أنه كان ينفذ كل جزء فى سنة على حدة .

(٢) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ٦٠ ص ٧٩ .

المطلب الثانى

عيوب الرضاء فى المقاولة

٢٣ — **تطبيق القواعد العامة** : يكون الرضاء فى عقد المقاولة معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وعقد المقاولة شأنه شأن سائر العقود فى عيوب الرضاء .

على أن الغلط فى عقد المقاولة له تطبيقات عملية لا تخلو من الأهمية ، لاسيما الغلط فى شخص المقاول أو الغلط فى الحساب .

٢٤ — **الغلط فى شخص المقاول** : الأصل أن الغلط فى شخص المقاول لا تأثير له فى صحة العقد . ولكن قد يكون شخص المقاول ملحوظاً ومحل اعتبار عند رب العمل . ويقع ذلك عادة فى عقود المهن الحرة ، فالتعاقد مع طبيب أو محام أو مهندس معمارى أو محاسب أو رسام إنما اعتبرت فيه شخصية هؤلاء . وفى غير المهن الحرة قد يكون لشخصية المقاول اعتبار فى التعاقد ، ففى مقاولات الإنشاءات الكبيرة مثلا يتوخى رب العمل مقاولا موثوقاً به يعتمد على كفايته وأمانته . وقد أشارت نصوص القانون إلى حالات تكون فيها شخصية المقاول محل اعتبار ، فنصت المادة ١/٦٦١ مدنى على أن « يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن ، إذا لم يمنعه ذلك شرط فى العقد ، أولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية » . ونصت المادة ٦٦٦ مدنى فى صدرها على أن « ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى العقد » .

ففى الحالات التى يكون فيها شخص المقاول محل اعتبار فى العقد ، يكون الغلط فيه سبباً لقابلية عقد المقاولة للإبطال . فإذا تعاقد المريض مع جراح متوهماً أنه جراح معين بالذات ، فظهر أنه غلط فى شخصه وأنه جراح آخر ، كان من حق المريض أن يطلب إبطال عقد المقاولة للغلط .

٢٥ — **الغلط فى الحساب وغلطات القلم** : تنص المادة ١٢٣ مدنى على أنه « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » .

فالغلط فى الحساب يقع فى بعض الأحيان فى عقد المقاولة . ففى المقايسة التى يقدمها المقاول وهى تشتمل على تفصيل المواد وأجزاء العمل والأسعار كما قدمنا ، قد يغلط المقاول فى حساب بعض من ذلك ، كأن يذكر مثلاسعر المتر المكعب فى إحدى عمليات البناء وعدد الأمتار الكعبة ، وعندما يضرب سعر المتر فى عدد الأمتار يغلط فى الحساب إلى أعلى لمصلحته أوإلى أدنى لمصلحة رب العمل . ففى الحالتين تكون المقاولة صحيحة ، وإنما يصحح الحساب ، فيخفض أو يرفع إلى الرقم الصحيح .

وقد يقع فى المقايسة غلطة القلم ، كأن ينقل رقم من صفحة إلى صفحة أخرى مغلوطاً ، ففى هذه الحالة يصحح الغلط ويعتد بالرقم الصحيح[1] .

---

(١) أما طلب إعادة عمل حساب المقاولة من جديد ، بعد عمل المقاس والحساب النهائى واعتماد كل ذلك ، فلا يجوز . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً فى الأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة إلى أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقاولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقاولة بعد إتمامها مادام عملا متفقاً عليه فى أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين . وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين المصرية كما ورد النص عنه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات الفرنسى ، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التى تمنع تقاضى الالتزام مرتين (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣) .

وإذا اعتمد المقاس والحساب ، ولم يقع فى ذلك غلط مادى ، فلا يجوز الطعن فى الحساب المعتمد بدعوى الغلط المحسوس المبطل للعقد . وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشارطة بحسب المادة ٥٣٥ مدنى (قديم) لا يجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين فى مقاولة من المقاولات متى كانت فى حقيقتها ليست سوى دعوة لإعادة المقاس أو الحساب برمته من جديد . ولكن دعوى وقوع هذا الغلط فى مقاس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التى قام بها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقيقها ، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جدية . أما إذا رأت المحكمة أنها غير جدية ، بل هى منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه ، فالمحكمة فى حل من عدم قبول تحقيقها . ثم إن معنى الغلط فى دعوى الغلط المحسوس المذكور يقتضى حتماً أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشيء المرضى عنه ، بحيث لو كان عالماً بحقيقته لما رضى . فإذا كان المدعى لم يدع عدم علمه بالحقيقة ، بل ادعى أنه استكره على التوقيع ، وأثبتت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلقة ، فتوقيعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى وجه للرجوع فى شيء من الحساب ، بل هو مرتبط به تمام =

الفرع الثانى

المحل فى المقاولة

٣٦ — **تمهيد** : قدمنا أن المحل فى عقد المقاولة مزدوج ، فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول العمل المتعاقد على تأديته ، وهو بالنسبة إلى التزامات رب العمل الأجر الذى تعهد بدفعه للمقاول . فنتكلم ، فى مبحثين متتاليين ، فى العمل والأجر.

المبحث الأول

العمل فى المقاولة

٣٧ — **تطبيق القواعد العامة** : لم ترد نصوص خاصة متعلقة بالعمل كركن فى المقاولة ، فوجب تطبيق القواعد العامة ، سواء فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فى العمل أوفيما يتعلق بأنواع العمل .

٣٨ — **الشروط الواجب توافرها فى العمل** : هذه الشروط ، طبقاً للقواعد العامة ، هى أن يكون العمل ممكناً ، وأن يكون معيناً أوقابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعاً (١) .

فيجب أولا أن يكون العمل ممكناً ، لأنه لا التزام بمستحيل . وقدنصت المادة ١٣٢ مدنى على أنه « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته ، كان العقد باطلا » . والمقصود بالاستحالة هى الاستحالة المطلقة ، وهى أن يكون العمل مستحيلا فى ذاته ، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى المقاول فحسب . فقد يلتزم المقاول بعمل فنى يكون مستحيلا عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه ، فى هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد

= الارتباط ، ودعواه غير جائزة السماع (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١٤ .

المقاولة ، ويكون المقاول مسئولا عن التعويض . أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، كأن يتعهد المقاول بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو كما إذا تعهد كيماوى أن يستخلص من معادن خسيسة معادن ثمينة وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية ، فقد اختل شرط الإمكان فى العمل ، وكانت المقاولة باطلة . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أى أنها ترجع لا إلى طبيعة العمل بل إلى سبب فى القانون ، كما إذا تعهد محام يرفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض[1] . وحكم الاستحالة القانونية هو حكم الاستحالة الطبيعية فيما قدمناه ، تمنع من انعقاد المقاولة لاختلال شرط من شروط المحل[2] .

ويجب ثانياً أن يكون العمل معيناً أو قابلا للتعيين . فيكون العمل معيناً إذا ذكرت طبيعته وأوصافه وبين ذلك تبييناً كافياً ، بحيث يتعين العمل ولا يدخل فى ذلك لبس أو غموض . فإذا كان التعاقد على عملية جراحية ، ذكر نوع العملية وأصول الطب كفيلة بتعيين العملية بعد ذكر نوعها . وإذا كان التعاقد على ترميمات ، ذكر الشيء الواجب ترميمه والترميمات المطلوب القيام بها ، وإذا لم تذكر كان الواجب القيام بجميع الترميمات التى يحتاج إليها الشيء . وإذا كان التعاقد على بناء ، كان تعيينه عادة بوضع تصميمات له (plans) وهى الرسوم التى يضعها المهندس المعمارى من مشروع ابتدائى (avant projet) ورسوم نهائية تفصيلية . ويقترن بالتصميمات دفتر الشروط (cahier des charges) ، لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها . ويقترن بالتصميمات ودفتر الشروط المقايسة (devis) ، وتبين مقاسات البناء ومقدار المواد وصفاتها وهذا ما يسمى بالمقايسة الوصفية (devis descriptif)، وتبين كذلك ثمن المواد كل نوع على حدة وهذه هى المقايسة التقديرية (devis estimatif). ويغنى عن المقايسة التقديرية قائمة

---

(١) هذا إذا اعتبرنا التعاقد مع المحامى مقاولة لا وكالة ، والواقع أن التعاقد مع المحامى مزيج من المقاولة والوكالة وعنصر الوكالة هو الغالب كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها) . وسنورد فى الوكالة (انظر ما يلى فقرة ٢٣٢) نفس هذه الأمثلة لاستحالة المحل ، على اعتبار أن التعاقد مع المحامى وكالة جرياً على العنصر الغالب .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٩ – فقرة ٢٢٠ .

بالأثمان (bordereaux des prix) تبين الأثمان بالتفصيل ، بحيث يستخلص من هذه القائمة تكاليف عمليات البناء المفصلة فى المقايسة الوصفية . وهذه الوثائق الثلاث – التصميمات ودفتر الشروط والمقايسة – تلحق بعقد المقاولة ذاته ، وهو الذى يتضمن الاتفاق الحاصل بين رب العمل والمقاول بجميع عناصره ، كما يشتمل على شروط التنفيذ من مدة وجزاءات وأقساط موقتة وتسوية نهائية واختصاص فى حالة النزاع أوقبول للتحكيم وغير ذلك من الشروط التى يتفق عليها المتعاقدان [1] . وإذا لم يكن العمل معيناً على النحو السالف الذكر ، وجب أن يكون على الأقل قابلا للتعيين . فيصح التعاقد على بناء مدرسة تشتمل على كذا فصلا ، ويسع كل فصل كذا تلميذاً مع المرافق اللازمة لمثل هذه المدرسة . كما يصح الاتفاق على بناء مستشفى يشتمل على كذا سريراً ، وكذا حجرة ، مع المرافق اللازمة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمسارح والمطاعم والفنادق والمنازل الشعبية ، وما إلى ذلك من الأعمال التى تحتوى على عناصر تقديرها بحيث تكون قابلة للتعيين [2].

ويجب ثالثاً وأخيراً أن يكون العمل مشروعاً . فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أوالآداب ، كانت المقاولة باطلة . فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة أو للقمار ، كما لا يجوز الاتفاق على تهريب

---

(١) فتحى غيث فى قانون المهندس سنة ١٩٦٠ ص ٤٩ – ص ١١٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٤٩ – وهذه الوثائق يكمل بعضها بعضاً . فإذا وجد خلاف بينها ، وجب التوفيق ، فإن تعذر ، وكان الخلاف بين دفتر الشروط والمقايسة التقديرية ، وجب تغليب دفتر الشروط (مجلس الدولة الفرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٨٩٣ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩٣ ص ٦٣٨) . وإذا وقع الخلاف بين المقايسة التقديرية وقائمة الأثمان ، وجب تغليب قائمة الأثمان (مجلس الدولة الفرنسى ٣٠ مايو سنة ١٨٨٤ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٨٤ ص ٤٧٦) . وإذا وقع خلاف بين الشروط المكتوبة فى العقد والرسومات ، وجب تغليب الشروط المكتوبة فى العقد ، أو بين الرسومات بعضها مع بعض ، وجب تغليب الرسومات ذات المقياس الكبير على الرسومات الأصغر مقاساً (فتحى غيث فى قانون المهندس ص ٥٥) . وإذا وقع خلاف بين الشروط المطبوعة والشروط المكتوبة باليد ، وجب تغليب الشروط المكتوبة باليد (مجلس الدولة الفرنسى أول مايو سنة ١٨٩١ مجلة أحكام مجلس الدولة سنة ١٨٩١ ص ٣٣٧) – وانظر محمد لبيب شنب فقرة ٤٩ ص ٦٢ .

(٢) فإذا لم يكن العمل معيناً أوقابلا للتعيين ، كالاتفاق على إقامة بناء دون تحديد نوعه وأوصافه ، كانت المقاولة باطلة (الوسيط ١ فقرة ٢٢٢ ص ٣٨٨) .

مسجون [١]، أو إدخال الحشيش والمخدرات أو تهريب البضائع من الجمرك ، أو صنع الأسلحة الممنوعة ، أو ارتكاب جريمة [٢] .

٣٩ — أنواع العمل : قدمنا عند الكلام فى تنوع الأعمال التى تكون محلا للمقاولة [٣] أن العمل الذى يؤديه المقاول يتنوع من مقاولة إلى أخرى تنوعاً كبيراً . فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل متصلا بشيء معين ، وقد يكون هذا الشيء غير موجود والمقصود من المقاولة إيجاده ، بمادة يوردها المقاول من عنده أو يوردها رب العمل ، وقد يكون الشيء موجوداً فعلا وهو مملوك لرب العمل ويقع عمل المقاول على هذا الشيء الموجود ، وقد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ، كالنقل والطبع والنشر والإعلان والعلاج والتدريس . ومن ناحية حجم العمل ، تتدرج المقاولة من مقاولة صغيرة إلى مقاولة كبيرة . ومن ناحية جنس العمل ، هناك مقاولات أصبح الآن لها اسم معروف لانتشارها ، فهناك مقاولات البناء ، ومقاولات الأعمال الكهربائية ، ومقاولات الأعمال الميكانيكية ، ومقاولات المرافق العامة ، ومقاولات الأشغال العامة ، ومقاولات المهن الحرة ، والنشر ، والإعلان ، والنظارة . وسنتناول طائفة من هذه المقاولات تفصيلا عند الكلام فى بعض أنواع المقاولة .

ونضيف هنا إلى ما تقدم أن الأعمال التى ترد عليها المقاولة إما أن تكون أعمالا مادية ، وإما أن تكون أعمالا عقلية . فالأعمال المادية مثلها الإنشاءات

---

(١) ويجوز مع ذلك الاتفاق على تهريب أسير من أسرى الحرب ، وقد قضى بأن يعتبر عقد مقاولة العقد الذى تبرمه زوجة أسير من أسرى الحرب فى ألمانيا مع شخص لتهريب زوجها ، فإذا لم يتفق على أجر عينت المحكمة الأجر الواجب دفعه ، ويعتبر الزوج الأسير الذى رضى بالهرب قد أجاز تعاقد زوجته ، ويكون مسئولا معها بالتضامن عن الأجر (نانسى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ جازيت دى باليه ١٩٤٧ — ١ — ١٤٢) . انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٤ ص ١٥٠ هامش ٤ .

(٢) وقد نصت المادة ٦٢٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ويكون باطلا على وجه مطلق أيضاً كل اتفاق موضوعه : أولا — الأمور المستحيلة مادياً . ثانياً — تعليم الأعمال السحرية الخفية والأعمال المخالفة للقانون أو الآداب أو النظام العام أو إجراء الأعمال المذكورة » .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩ .

المختلفة من مبان وجسور وترع ومصارف وخزانات وسدود وهذه هي المقاولات الكبيرة ، ومثلها أيضاً صنع أثاث أوثوب أوتصليح مواسيرأو ترميم منزل أو نشر أوإعلان وهذه هي المقاولات الصغيرة . والأعمال العقلية تكون بدورها إما أعمالا قانونية كما فى التعاقد مع المحامى ووكيل الأشغال ، وإما أعمالا فنية كما فى التعاقد مع طبيب أومع مهندس معمارى لوضع تصميم وللإشراف الفنى على تنفيذ العمل أومع محاسب لمراجعة حسابات معينة أومع رسام لرسم صورة أومع نحات لصنع تمثال[١] .

كذلك تنقسم الأعمال إلى أعمال عامة وأعمال خاصة . فالأعمال العامة هي التى تتعلق بالمرافق العامة والأشغال العامة والنقل، والأعمال الخاصة هي التى تتعلق بالأفراد والشركات التى لا تساهم فيها الحكومة أوالمؤسسات العامة[٢].

المبحث الثانى

الأجر فى المقاولة

٣٠ — *الأجر كركن فى عقد المقاولة* : الأجر هو المال الذى يلتزم رب العمل بإعطائه للمقاول فى مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه .

فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل . ويشترط فيه ، كما يشترط فى أى محل للالتزام ، أن يكون موجوداً ومعيناً أوقابلا للتعيين[٣] ومشروعاً . أما المشروعية فلاجديد يقال فيها ، وشأن الأجر فى ذلك هو شأن العمل[٤] . بقى الوجود والتعيين .

فالأجر لابد من وجوده فى عقد المقاولة ، وإلا كان العقد من عقود التبرع فلا يعتبر مقاولة ، بل يكون عقداً غير مسمى . ويلاحظ أن الأجر ، وإن كان ركناً فى المقاولة ، إلا أنه لا يشترط ذكره فى العقد ولا أن يحدده المتعاقدان ،

---

(١) بلانيول وريبير و. واست ١١ فقرة ٩١٤ .

(٢) بلانيول وريبير روواست ١١ فقرة ٩١٣ .

(٣) وتنص المادة ٦٣٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجب أن يكون البدل معيناً أو قابلا للتعيين » .

(٤) ويلاحظ أن أجر المحامى لا يصح أن يكون جزءاً من الحق المتنازع فيه ، إذ الأجر فى هذه الحالة يكون غير مشروع بموجب نص صريح فى القانون (م ٤٧٢ مدنى) .

فإذا لم يحدداه تكفل القانون بتحديده كما سنرى وتبقى المقاولة صحيحة(١). وهذا بخلاف التراضي والعمل ، فهما ركنان في المقاولة لا شأن للقانون بتحديدهما ، فإذا لم يتوافرا في العقد كانت المقاولة باطلة . ولكن يجب التمييز بين ما إذا كان المتعاقدان قد عرضا للأجر ولم يتفقا عليه فعند ذلك تكون المقاولة باطلة لانعدام أحد أركانها ، وبين ما إذا كان المتعاقدان لم يعرضا للأجر أصلا بل سكتا عنه وهنا تكون المقاولة صحيحة ويتكفل القانون بتحديد الأجر على الوجه الذى سنبنيه .

أما تعيين الأجر ، فيتناول الكلام فيه مسألتين : (١) جنس الأجر. (٢) تقدير الأجر.

٣١ — جنس الأجر : والأصل فى الأجر أن يكون نقوداً ، وقد يكون مقسطاً أو يدفع جملة واحدة عند تمام العمل أو عند البدء فيه أو فيما بين ذلك .

ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الأجر غير نقود ، كما هو شأن الأجرة فى عقد الإيجار ، فقد يكون أسهماً أوسندات أو مقادير معينة من البضائع كالغلال والقطن أو بيتاً أو أرضاً أوسيارة أو غير ذلك من المال المنقول أو العقار. بل يصح أن يكون الأجر عملا ، فيتعاقد محام مع مقاول على أن يبنى له داراً فى مقابل أن يترافع المحامى فى بعض قضايا المقاول ، وهنا تكون المقاولة مقايضة عمل بعمل(٢) .

---

(١) ويكفى أن العمل المعهود به إلى المقاول ماكان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، حتى يفترض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على وجود الأجر ، أما مقدار الأجر فيحدده القانون كما سنرى . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا تبين من الظروف أن العمل الموصى بصنعه ماكان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون العمل بأجر » . وقد حذف النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤ فى الهامش) .

وتنص المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « يقدر اشتراط الأجر أو البدل فى الأحوال الآتية — ما لم يقم الدليل على العكس : أولا — عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلا مقابل . ثانياً — إذا كان العمل داخلا فى مهنة من يقوم به . ثالثاً — إذا كان العمل تجارياً أو قام به تاجر فى أثناء ممارسته تجارته » .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ٥٣ .

ولكن الذى يقع فى العادة أن يكون الأجر فى المقاولة نقوداً[١] .

٣٢ — **تقرير الأجر** : الأصل أن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد الأجر ، وقد يحددانه بموجب مقايسة على أساس الوحدة (marché sur devis) ، أو يحددانه أجراً إجمالياً على أساس تصميم متفق عليه (marché à forfait) :

وتحديد الأجر على أساس الوحدة يقتضى عمل مقايسة تبين الأعمال المطلوبة تفصيلا ، والمواد التى تستخدم فى هذه الأعمال ، وأجر وحدة العمل ، وسعر المواد المستخدمة . فيذكر فى المقايسة مثلا أن المطلوب هو كذا متراً من المبانى ، كل متر بسعر كذا ، وكذا متراً من النجارة بسعر المتر كذا ، وكذا أدوات صحية ، وكذا حديداً الخ ، مع ذكر السعر . وهذه هى المقاولة على أساس وحدة القياس (marché à l'unité de mesure) . ويصح لرب العمل فى هذه الطريقة أن يزيد فى مقدار الأعمال المطلوبة أو أن ينقص منها ، ويجوز الاتفاق على ألا تكون الزيادة أو النقص إلا بنسبة معينة . ومزية هذه الطريقة أنها لا تغبن رب العمل ولا تغبن المقاول ، فرب العمل يدفع أجراً والمقاول يتقاضاه بمقدار ما تم فعلا . ولكن الأجر لا يعرف مقداره مقدماً عند إبرام عقد المقاولة ، بل يجب الانتظار حتى تنتهى جميع الأعمال وتقدر بحسب المقايسة . وقد لا يتحدد الأجر طبقاً لمقايسة توضع مقدماً ، بل يقوم المقاول بجميع الأعمال المطلوبة على أساس فئات الأثمان (marché sur prix de série). فقد جرى العمل فى مقاولات المبانى على تحديد ثمن لكل نوع من الأعمال اللازمة لإقامة البناء ، فهناك سعر لمتر البناء وسعر للنجارة وسعر للحدادة وسعر للبياض وسعر لنقل الأتربة وسعر للأعمال الصحية الخ ، وهذه التعريفة تسمى فئات الأثمان (série de prix) . وعندما يتم المقاول الأعمال ، تقدر على الطبيعة وتعرف كميات كل منها ، ثم يرجع إلى فئات الأثمان المتقدم ذكرها لمعرفة أجر كل عمل ومجموع أجر المقاولة . وهذه الطريقة أكثر إمعاناً من طريقة المقايسة فى ترك الأجر غير معروف المقدار إلى نهاية تمام الأعمال ، ففى طريقة المقايسة يمكن تقدير الأجر مقدماً على وجه التقريب ،

---

(١) ويذهب بوتييه (٤ فقرة ٤٠٠ ص ١٣٦) إلى أن الأجر يجب أن يكون نقوداً ، وإلا كانت المقاولة عقداً غير مسمى .

أما فى طريقة فئات الأثمان فليس هناك إلا التخمين ولا يمكن التثبت من مقدار الأجر إلا بعد انتهاء العمل[1] .

لذلك كثيراً ما يلجأ رب العمل إلى طريقة الأجر الإجمالى (marché à prix fait, marché à forfait, marché en bloc) . فيتفق مع المقاول على مبلغ إجمالى يقدر مقدماً عند إبرام المقاولة ، فيوضع التصميم لبناء مثلا — عمارة من كذا دوراً وكذا شققاً وكذا دكاكين وجراجات الخ — على أن يكون الأجر الإجمالى هو عشرون ألفاً أو ثلاثون ألفاً من الجنيهات . ومزية هذه الطريقة لرب العمل أنه يعرف مقدماً عند إبرام المقاولة مقدار الأجر الذى يلتزم بدفعه للمقاول ، وفى هذا مدعاة للاطمئنان والاستقرار . ولكن عيب هذه الطريقة أن المقاول يحاول عادة أن يقتصد فى تكاليف الأعمال ليكون ربحه أكبر ، ويكون ذلك على حساب جودة العمل أو على حساب جودة المواد التى يستخدمها . وقد لا يستطيع المقاول الاقتصاد فى التكاليف ، وترتفع الأسعار فى أثناء تنفيذ المقاولة أو ترتفع أجور العمال[2] ، فيتحمل تبعة كل ذلك لأن أجره الإجمالى محدد مقدماً لا يزيد بارتفاع الأسعار أو بارتفاع أجور العمال — إلا فى حالة الظروف الطارئة كما سنرى — فتعود المقاولة عليه بالخسارة[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٠ — ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٦ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٧ . وسنرى أن المهندس المعمارى يستحق أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة وأجراً آخر عن الإشراف على التنفيذ (م ٦٦٠/ ١ مدنى) . وقد يحدد هذا الأجر مقدماً بمبلغ إجمالى ، وقد يحدد تبعاً لقيمة الأعمال فلا يعرف مقداره إلا عند تمام العمل . وإذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى (م ٦٦٠/ ٢ مدنى) . وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا فيما يلى (انظر فقرة ١٠٨ — فقرة ١٠٩) .

(٢) وقد يكون اندفع إلى قبول أجر إجمالى منخفض حتى يحصل على المقاولة ، لاسيما إذا كان ذلك نتيجة مسابقة دخل فيها وعرض عطاء منخفضاً حتى ترسو المناقصة عليه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦) .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥ — ص ٤٠٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦ — بيدان ١٢ فقرة ١٨٥ ص ٢٠١ — دى پاج ٤ فقرة ٨٦٧ ص ٨٨٣ — مازو ٣ فقرة ١٣٤٤ ص ١١١٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٥٧٨ ص ٤٨١ — ص ٤٨٢ — محمد لبيب شنب فقرة ٥٤ ص ٦٦ .

وقد تكون نصوص المقاولة غامضة هل هى بأجر إجمالى أو هى بسعر الوحدة ، فقاضى الموضوع هو الذى يبت فى هذه المسألة بعد أن يرجع إلى نصوص المقاولة وظروفها ، دون رقابة =

وقد لا يعرض المتعاقدان لتحديد مقدار الأجر أصلا ، فيتكفل القانون بتحديد هذا المقدار كما سبق القول . وقد نصت المادة ٦٥٩ مدنى على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول » . وسيأتى تفصيل البحث فى ذلك عند الكلام فى التزام رب العمل بدفع الأجر[١] .

= عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ -١- ٤١٥ -١٩ يوليه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ - ١ - ٤٦٧ - أول فبراير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤- ١ - ٣٦٠ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ - ١- ٤٩٤ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت دى تريبينو ٢٨ فبراير سنة ١٩١٥ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٥٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٦) .

(١) انظر ما يلى فقرة ٩٠ .

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على المقاولة

٣٣ — التزامات المقاول والتزامات رب العمل : يترتب على عقد المقاولة أن تنشأ التزامات فى جانب المقاول ، والتزامات مقابلة فى جانب رب العمل : وقد يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لإنجاز بعض الأعمال المعهود بها إليه ، أو لإنجاز جميع هذه الأعمال .

فنتكلم فى التزامات المقاول ، ثم فى التزامات رب العمل ، ثم فى المقاولة من الباطن .

الفرع الاول

التزامات المقاول

٣٤ — التزامات ثلاثة : يلتزم المقاول نحو رب العمل بالتزامات ثلاثة :

(١) إنجاز العمل المعهود به إليه بموجب عقد المقاولة .

(٢) تسليم العمل بعد إنجازه .

(٣) ضمان العمل بعد تسليمه .

المبحث الأول

إنجاز العمل

٣٥ — الواجبات التى يتضمنها إنجاز العمل والجزاء على الإخلال بهذا الالتزام : الالتزام الرئيسى الذى يترتب فى ذمة المقاول هو الالتزام بإنجاز العمل ، وهذا الالتزام ينطوى على واجبات يتعين على المقاول أن يقوم

بها . فإذا أخل بهذه الواجبات تحمل الجزاء الذى يرتبه القانون على هذا الإخلال .

المطلب الأول

الواجبات التى يتضمنها إنجاز العمل

٣٦ — بيان هذه الواجبات : حتى يقوم المقاول بتنفيذ التزامه من إنجاز العمل ، يجب عليه أن ينجزه بالطريقة الواجبة ، وأن يبذل فى إنجازه العناية اللازمة ، سواء قدم المادة من عنده أوقدمها له رب العمل ، فيكون مسئولا عن خطئه وعن خطأ تابعيه ، وعليه أخيراً أن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة . فهذه طائفة من المسائل نستعرضها فيما يلى :

٣٧ — طريقة إنجاز العمل — نص قانونى : يجب على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة ، وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد[1] ، وبخاصة طبقاً لدفتر الشروط فى مقاولات البناء إذا وجد هذا الدفتر[2] .

فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف ، وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول . فلصناعة البناء أصول معروفة ، وللنجارة والحدادة والسباكة والحياكة والرسم والتصوير والنحت أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة لذكرها فى العقد . ولصناعة الطب وصناعاة المحاماة والهندسة والمحاسبة والطبع والنشر وغير ذلك من الأعمال التى يصح أن تكون محلا لعقد المقاولة أصول وتقاليد وعرف يجب على المقاول أن يلتزمها فى إنجازه للعمل المعهود به إليه .

فإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التى

---

(١) وتنص المادة ٦٣٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « إن المؤجر يكون مسئولا أيضاً عن الضرر الذى ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التى تلقاها إذا كانت صريحة ، ولم يكن لديه سبب كاف فى عدم مراعاتها . أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ، ولم يكن ثمة خطر فى التأخير ، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة » .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٠ .

تمليها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها ، وأثبت رب العمل ذلك ، كان المقاول مخلا بالتزامه ووجب عليه الجزاء الذى سنبينه فيما يلى ، وذلك دون حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ فى جانب المقاول ، فإن مخالفة هذه الشروط هى ذاتها الخطأ(١) . ولايستطيع المقاول أن يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى ، أى بإثبات أن مخالفة الشروط ترجع إلى قوة قاهرة أوحادث فجائى أو خطأ رب العمل نفسه أوفعل الغير(٢).

وإذا احتاج المقاول ، فى إنجازه للعمل طبقاً لشروطه ، إلى أدوات ومهمات ، وجب عليه أن يأتى بها ويكون ذلك على نفقته ، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أو لم يكن ، وسواء كان من ورد المادة هو رب العمل أو المقاول . فأدوات العمل ومهماته ، كآلات البناء وعدة الجراحة وعربات النقل وألوان الدهان وبطانة الثوب وغير ذلك مما يحتاج إليه المقاول فى إنجاز العمل ، تكون على المقاول دون حاجة إلى اشتراط ذلك فى العقد ، وهذا ما لم يقض الاتفاق أوعرف الحرفة بغيره . كذلك كثيراً ما يحتاج المقاول فى إنجازه للعمل طبقاً لشروطه ، إلى أيد عاملة ، وقد يحتاج أيضاً إلى أشخاص يعاونونه ويعملون تحت إشرافه فيكونون تابعين له ، بل قد ينجز العمل كله هؤلاء الأشخاص ومعهم العمال وتقتصر مهمة المقاول على الإشراف والتوجيه ، ما لم يكن العمل منظوراً فيه إلى مهارة المقاول الشخصية كالطبيب والفنان . ففى جميع هذه الأحوال تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول ، ما لم يقض الاتفاق أوعرف الحرفة بغير ذلك .وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى ، فيما يتعلق بالأدوات والمهمات ، فى الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : « وعلى المقاول أن يأتى بما يحتاج إليه فى إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ، ويكون ذلك على نفقته . هذا ما لم يقض الاتفاق أوعرف الحرفة بغيره »(٣) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٧٠ ص ٩٠ — عكس ذلك دى باج ٤ فقرة ٨٨٠ ص ٩٠٧ .

(٢) مازو ٣ فقرة ١٣٤٧ ص ١١١٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٨٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص جعلته مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ،وصار رقم المادة فى المشروع النهائى ٢/٦٧٧ . ووافق مجلس النواب على النص تحت =

٣٨ — **العناية اللازمة فى إنجاز العمل** : الالتزام بإنجاز العمل فى عقد المقاولة إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية .

فإن كان التزاماً بتحقيق غاية ، كإقامة بناء أوترميمه أوتعديله أوهدمه وكصنع أثاث أوثوب أووضع تصميم أورسم لوحة أو نحت تمثال ، فلا يبرأ المقاول من التزامه إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب . ولايكفى أن يبذل فى القيام به عناية الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة ، فما دام العمل لم يتم إنجازه فإن المقاول يكون مسئولا ، ولاتنتفى مسئوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبى ، وانتفاء مسئوليته فى هذه الحالة إنما يأتى من نفى علاقة السببية لا من نفى الخطأ . أما إذا أنجز العمل ، طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها أوطبقاً لأصول الفن وتقاليد الصناعة وعرفها على النحو الذى قدمناه ، فقد وفى بالتزامه وبرئت ذمته .

وإن كان الالتزام التزاماً ببذل عناية ، كعلاج مريض أو المرافعة فى قضية أوإدارة عمل أو الإشراف على تنفيذ ، فإن المطلوب من المقاول فى هذه الحالة هو أن يبذل عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل المعهود إليه . فيجب على الطبيب أن يبذل عناية من فى مستواه من الأطباء فى علاج المريض طبقاً للأصول الطبية ، وليس عليه أن يشفى المريض ؛ ويجب على المحامى أن يبذل عناية من فى مستواه من المحامين فى المرافعة ، وليس عليه أن يكسب القضية . ويجب على المهندس الذى يدير عملا أو يشرف على تنفيذ تصميم أن يبذل عناية من فى مستواه من المهندسين فى إدارة العمل أو فى الإشراف على التنفيذ ،

= رقم ٢/٦٧٦ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢ — ص ١٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٦١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٦٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/٨٦٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٥٩ : يجب على الصانع أن يقدم العدد والآلات اللازمة لإتمام العمل ، ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق مخالف . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

وليس عليه أن يتحقق الغرض المقصود . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢١١ مدنى فى هذا المعنى : « فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود » .

٣٩ — التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل — نص قانونى : ويقع كثيراً أن يحتاج العمل المطلوب إنجازه إلى مادة تستخدم فى صنعه أو يستعان بها فيه . فالنجار فى صنع مكتب أو مكتبة أو أثاث يحتاج إلى الخشب اللازم لصنع ذلك ، والحائك فى صنع الثوب يحتاج إلى القماش اللازم ، وصانع الأسنان يحتاج إلى المادة اللازمة لصنع هذه الأسنان ، وهكذا . وهنا يجب التمييز بين فرضين ، فإما أن يكون المقاول قد تعهد بتقديم المادة بالإضافة إلى العمل ، وإما أن يكون رب العمل هو الذى تعهد بتقديم المادة واقتصر المقاول على التعهد بتقديم العمل .

وتقول المادة ٦٤٧ من التقنين المدنى فى هذا الصدد :

« ١ — يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله ».

« ٢ — كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً »[1]

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٤ على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم المادة ٦٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٧٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩ — ص ١٠) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٠٨/٤١٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « استئجار الصانع يجوز أن يشتمل بطريق التبعية على ما يلزم إحضاره من المهمات اللازمة للعمل كلها أو بعضها » . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٥ : ١ — يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ، على أن —

٤٠ — الفرض الأول — المقاول هو الذى يقدم المادة — نص قانونى:
تنص المادة ٦٤٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أوبعضها ، كان مسئولا عن جودتها ، وعليه ضمانها لرب العمل »[1] .

وقد سبق أن رأينا أنه إذا قدم المقاول مادة العمل كلها أوبعضها وكان للمادة قيمة محسوسة ، فإن العقد يكون مزيجاً من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه[2] . وقد طبق النص سالف الذكر هذه القاعدة ، فجعل المقاول مسئولا عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل . ذلك أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ؛ فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية . والبيع هنا يكون معلقاً

= يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها المقاول أو يستعين بها فى القيام بعلمه ، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً . ٢ – كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً ، ويكون العقد استصناعاً . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٥٨ : يجوز فى الاستصناع أن يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط فيقدم صاحب الأمر المواد عند الاقتضاء ، كما يجوز له أيضاً أن يقدم المواد مع عمله – على أنه إذا كانت المواد التى يقدمها الصانع هى الموضوع الأصلى فى العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع . (وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١١ — ص ١٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٤٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٦ (مطابق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٦٣ : إن الصانع الذى يقدم المواد يكون ضامناً لنوعها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ فى آخرها .

على شرط واقف ، هو تمام صنع المادة(١) . فيصبح البيع باتاً وتنفذ آثاره ، ومنها نقل الملكية وضمان العيوب الخفية ، من وقت أن يتم المقاول عمله ويكسب الشيء المصنوع كل مقوماته الذاتية ، أى من وقت أن يصبح الخشب مكتباً أومكتبة أو أثاثاً فى حالة التعاقد مع نجار ، أومن وقت أن يصبح القماش ثوباً تام الصنع فى حالة التعاقد مع حائك(٢) ، وهكذا(٣) .

وتسرى فى ضمان العيوب الخفية الأحكام الملائمة لطبيعة عقد الاستصناع الذى نحن بصدده وهى أحكام عقد البيع . فيكون المقاول ملزماً بالضمان إذا

---

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ — كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٨٧ — فلا يتراخى انتقال الملكية إلى وقت التسليم ولا إلى وقت تقبل العمل (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٧٥ — وقارن أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٤ وفقرة ٢٨) . أما قبل تمام الصنع فالمادة تبقى ملكاً للمقاول ، ويترتب على ذلك أنه إذا أفلس المقاول قبل تمام الصنع لم يكن لرب العمل أن يسترد الشيء من التفليسة لأنه لم يصبح ملكاً له بعد . ويترتب على ذلك أيضاً أن المقاول ، قبل أن يتم صنع الشيء ، له أن يتصرف فيه بالبيع والرهن وسائر التصرفات (دافيد فى رسالته فى عقد الاستصناع ص ٩٤ — ص ٩٥ — فرانسوا جورى فى مقال له فى وقت انتقال الملكية فى البيوع تحت التسليم فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٥ ص ١٦٧ — انسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٢٥ — محمد لبيب شنب فقرة ٩٦ ص ١٠٢) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن مقاول البناء الذى يقدم مواد البناء من عنده يبرم عقد مقاولة لا يتضمن بيع المواد ، فإن هذه المواد تصبح ملكاً لصاحب الأرض (رب العمل) بالالتصاق (انظر فى هذا المعنى بودى وڤال ٢ فقرة ٣٨٧٤ — بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٢ — نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ — ١ — ١١٣) .

(٣) انظر فى هذا المعنى نقض فرنسى أول أغسطس سنة ١٩٥٠ داللوز الموجز ١٩٥١ — ٦٨ — باريس ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥ — ٢ — ٤ — السين ٨ أبريل سنة ١٩٤٩ داللوز الموجز ١٩٥٠ — ١٦ — قارن بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ ويذهبون إلى أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء المصنوع لرب العمل ، وفى حالة صنع أشياء متماثلة (par série) من وقت تعيين الشيء بالذات وتميزه (spécification) عن سائر الأشياء المماثلة . وانظر أيضاً فى أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء المصنوع فرانسوا جورى فى مقاله المشار إليه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ فقرة ١٤ — فقرة ١٥ ص ١٦٧ — بلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٨٩٥ — نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٨٧١ داللوز ٧٢ — ١ — ١٤٠ — ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٩٧ — وانظر فى أن الملكية تنتقل من وقت تقبل رب العمل للعمل ولو لم يتسلمه محمد لبيب شنب فقرة ٩٩ . وسنرى أن التقبل يقع عادة وقت التسلم (انظر ما يلى فقرة ٨١) ، وأنه إذا انفصل التقبل عن التسلم فالعبرة فى انتقال الملكية بوقت التقبل لا بوقت التسلم (انظر ما يلى فقرة ٨٥) .

لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفل لرب العمل وجودها فيه ، أوكان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها ، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده (م ١/٤٤٧ مدنى) . ولا يضمن المقاول العيوب التى كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشىء ، أوكان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشىء بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت رب العمل أن المقاول قد أكد له خلو الشىء من هذا العيب ، أو أثبت أن المقاول قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٢/٤٤٧ مدنى) . ولا يضمن المقاول عيباً جرى العرف على التسامح فيه (م٤٤٨ مدنى) . وإذا تسلم رب العمل الشىء ،وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف فى التعامل ، فإذا كشف عيباً يضمنه المقاول وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلا للشىء (م٤٤٩/١ مدنى) . أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه رب العمل ، وجب عليه أن يخطر به المقاول بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلا للشىء بما فيه من عيب (م٤٤٩/٢ مدنى) . وإذا أخطر رب العمل المقاول بالعيب فى الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ مدنى (م٤٥٠ مدنى) . وتبقى دعوى الضمان ، ولو هلك الشىء بأى سبب كان (م ٤٥١ مدنى) . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشىء إلى رب العمل ولو لم يكشف هذا الأخير العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل المقاول أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، على أنه لا يجوز للمقاول أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه (م ٤٥٢ مدنى)[1] .

وفى اختيار المقاول للمادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط والمواصفات المتفق عليها فى خصوص هذه المادة كما سبق القول . وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات ، وجب على المقاول أن يتوخى فى اختيار المادة أن تكون وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له (م٤٤٧/١ مدنى) .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها ، ولم يمكن

---

(١) انظر فى كل هذه الأحكام المتعلقة بضمان البائع للعيوب الخفية الوسيط ٤ فقرة ٣٦٠ وما بعدها .

استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المقاول بأن يقدم مادة من صنف متوسط (م ٢/١٣٣ مدنى)[١] .

٤١ — الفرض الثانى — رب العمل هو الذى يقدم المادة — نص قانونى :
تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها ، فإذا صار شىء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمة هذا الشىء لرب العمل »[٢].

والمفروض هنا أن رب العمل هو الذى يقدم المادة للمقاول ، فيقدم مثلا القماش للحائك أو الخشب للنجار أو الذهب للصائغ أو الورق للمطبعة أو الأرض لمقاول البناء الخ . ويجب على المقاول فى هذه الحالة أن يحافظ على المادة المسلمة إليه من رب العمل ، وأن يبذل فى المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد ،

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٨٦٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان فى فقرة واحدة ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٦٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٦٧٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٦٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢ — ص ١٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٦١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٦٤٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٨٦٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٣٩ : إن المؤجر الذى لا يقدم إلا عمله يلزمه أن يسهر على حفظ الأشياء التى سلمت إليه لتنفيذ العمل أو الاستصناع .

م ٢/٦٦٣ : أما إذا كان صاحب الأمر هو الذى قدمها (المادة) . فيجب على الصانع أن يستعملها بحسب القواعد الفنية وبدون إهمال ، وأن يوقف صاحب الأمر على كيفية استعماله إياها ، وأن يرد إليه ما لم يستعمل منها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

فإن نزل عن هذه العناية كان مسئولا عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها .
وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات ، تحملها المقاول ، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التى أدخلها فى حسابه عند تقدير الأجر[١] . وقد قدمنا أن عقد المقاولة الذى يتسلم فيه المقاول شيئاً من رب العمل ليعمل فيه يتضمن بطبيعته حفظ هذا الشيء ويكون مسئولا عن ضياعه[٢] . ويستوى أن يكون الشيء قيمياً أو مثلياً [٣] .

ثم يجب على المقاول أن يستخدم المادة طبقاً لأصول الفن ، فيجانب الإفراط والتفريط ، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة ، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقى إن وجد . فإن بقى من الخشب أو القماش أو الذهب أو الورق الذى تسلمه من رب العمل شيء بعد أن أتم صنع الأثاث أو الثوب أو المصاغ أو طبع الكتاب ، وجب عليه رده لرب العمل .

وإذا كشف فى أثناء عمله ، أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى ، أن بالمادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود ، كما إذا كان القماش الذى تسلمه من رب العمل لا يصلح لصنع الثوب المطلوب ، أو كان الخشب لا يصلح لصنع الأثاث ، أو كانت الأرض التى يقيم عليها البناء تنطوى على عيب يتهدد سلامة البناء ، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج[٤] . كذلك إذا قامت ظروف من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة ، كما إذا صدر للمطبعة أمر تكليف من

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣م ٣٥ ص ٥١٧ – ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٨٦ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٧ .

(٣) مازو ٣ فقرة ١١٥٠ ص ١١١٦ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٦ .

(٤) أما إذا كان لا يمكن لمقاول مثله أن يكشف العيب ، فإنه لا يكون مسئولا . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩١ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « لا يكون العامل أو الصانع مسئولا قبل رب العمل عن إغفال الإخطار المنصوص عليه فى المادة ٨٦٩ إذا كان ما ظهر فى أثناء التنفيذ وبسببه ، من عيوب فى المادة ، بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها » (مشروع تنقيح القانون المدنى – مذكرة إيضاحية ٣ العقود المسماة ص ٤٦١ – وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

شأنه أن يوقف العمل لتنصرف المطبعة إلى العمل الذى صدر فى شأنه أمر التكليف ، وجب أيضاً فى هذه الحالة على المقاول إخطار رب العمل فوراً ، وإلا كان مسئولا عن النتائج التى تترتب على عدم الإخطار . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٦٩ من هذا المشروع تنص على أنه « ١ — إذا حدثت أوظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل ، أوقامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة ، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك . ٢ — فإذا أهمل فى الإخطار ، كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »(١) ، وهو فى الواقع ليس إلا تطبيقاً لها .

ولما كانت مسئولية المقاول فى هذا الخصوص مسئولية عقدية ، فإنه إذا تلف الشيء أوضاع أوهلك ، وقع عبء الإثبات على رب العمل . فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل فى حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد ، وأن هذا الإهمال هو الذى ترتب عليه تلف الشيء أوضياعه أوهلاكه . وللمقاول من جانبه أن يثبت ، حتى يدرأ عن نفسه المسئولية ، أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، أو أن التلف أو الضياع أوالهلاك كان بسبب أجنبي لايد له فيه ، فتنتفى مسئوليته فى الحالتين(٢) . كذلك المفروض أن المقاول يتوافر على الكفاية الفنية الكافية ، وعلى رب العمل يقع عبء إثبات أن المقاول قد تسبب بقصور كفايته الفنية فى جعل المادة أو بعض منها غير صالحة للاستعمال . وللمقاول من جانبه أن يدرأ عن نفسه المسئولية بأن يثبت أنه قد قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن ، أو أن صيرورة المادة غير صالحة للاستعمال لا يرجع إلى قصور فنى من جانبه ، بل يرجع إلى سبب أجنبي (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٣ فى الهامش — ونصت المادة ٦٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى أيضاً على ما يأتى : « إذا حدث فى أثناء القيام بالعمل أن فى المواد التى قدمها صاحب الأمر ، أو فى الأرض التى يراد إقامة بنيان أوغيره عليها ، عيوباً أو نقائص من شأنها أن تحول دون إجراء العمل على ما يرام ، وجب على الصانع أن يخبر عنها صاحب الأمر بلا إبطاء . وإذا لم يفعل كان مسئولا عن الضرر الذى ينجم عنها ، ما لم تكن من نوع لا يتسنى معه لعامل مثله أن يعرفها » .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢٩ .

(٣) قازن مازو ٣ فقرة ١٣٥٠ ص ١١١٦ — محمد لبيب شنب فقرة ٧٨ ص ٩٨ .

٤٢ — مسئولية المقاول عن خطأه وعن خطأ تابعيه : ويخلص مما تقدم أن المقاول يكون مسئولا عن خطأه مسئولية عقدية . ويثبت فى جانبه الخطأ ، فتتحقق مسئوليته ، إذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن أصول الفن وتقاليد الصنعة وعرفها ، أو أساء اختيار المادة التى قدمها من عنده ليستخدمها فى العمل ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى المحافظة على المادة التى قدمها له رب العمل ، أو ثبت عدم كفايته وقصوره الفنى ، وبوجه عام إذا هو خالف واجباً من واجباته التى فصلناها فيما تقدم .

فإذا ثبت خطأه على هذا النحو ، وكان هو الذى قدم المادة ، فضاعت أو تلفت بسبب خطأه ، تحمل هو الخسارة ، فلا يرجع على رب العمل لا بقيمة المادة التى ضاعت أو تلفت ولا بأجر العمل . بل يكون فوق ذلك مسئولا عن تعويض رب العمل عما أصابه من الضرر بسبب إخلاله بالتزاماته على النحو الذى سنبينه فيما يلى . وإذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، وجب عليه أن يعوضه قيمتها ، ولا يرجع عليه بأجر العمل ، ويكون فوق ذلك مسئولا عن التعويض كما سبق القول . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة[1] .

أما إذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل ، فإن مسئولية المقاول تنتفى ، ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف كان بسبب خطأ المقاول[2] .

---

(١) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ٢١ — بلانيول وريبير وروواست ١١ فقرة ٩٢٨ — وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوصاً فى هذا المعنى . فنصت المادة ٦٣٦ منه على ما يأتى : « إن مؤجر العمل أو الخدمة لا يكون مسئولا عن خطأه فقط ، بل يسأل أيضاً عن إهماله وقلة تبصره وعدم جدارته . ولا مفعول لكل اتفاق مخالف » . ويلاحظ أن مسئولية المقاول عقدية ، فالنص على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية يكون مخالفاً للقواعد العامة التى تجيز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية . ونصت المادة ٦٣٧ من نفس التقنين على ما يأتى : « إن المؤجر يكون مسئولا أيضاً عن الضرر الذى ينجم عن إخلاله بتنفيذ التعليمات التى تلقاها ، إذا كانت صريحة ولم يكن لديه سبب كاف فى عدم مراعاتها . أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ولم يكن ثمة خطر فى التأخير ، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة » .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠١ — ١ — ٧٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ — وإذا أمن المقاول على الشىء من الضياع أو التلف ، فإنه يدفع مبلغ التأمين الذى يقبضه من الشركة لرب العمل ، ويكون هذا الأخير ملزماً حينئذ بدفع =

وإذا استعان المقاول بشخص يساعده فى إنجاز العمل ، أو استخدمه فى ذلك ، فإنه يكون مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع. ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تقصيرية ، بل هى مسئولية عقدية[1] . ويكون المقاول مسئولا أيضاً قبل رب العمل عن المقاول من الباطن ، ولو أن هذا الأخير غير خاضع لتوجيه المقاول أو إشرافه ، بل يعمل مستقلا عنه فلا يعتبر تابعاً له ، وقد نصت المادة ٢/٦٦١ مدنى صراحة على ذلك إذ تقول : « ولكنه (المقاول) يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل »[2].

٤٣ — عدم التأخر فى إنجاز العمل : ويلتزم المقاول كذلك بأن ينجز

= الأجر (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ هامش ٢ — باريس ٢٢ نوفبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ٥ — ٥) .

(١) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ — وانظر عكس ذلك وأن المسئولية مسئولية تقصيرية فيجب أن تتوافر فيمن يستخدمه المقاول شروط التابع فى المسئولية التقصيرية : بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٥٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ .

(٢) انظر عكس ذلك بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٦٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٠ (ومع ذلك يذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن المقاول يكون مسئولا عن المقاول من الباطن إذا ترك رب العمل يعتقد أن المقاول من الباطن مستخدم عنده أو أنه وكيله — انظر فى هذا المعنى أيضاً هيك ١٠ فقرة ٤٣٢) .

وقد نصت المادة ٦٣٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى : « يكون المؤجر مسئولا عن عمل الشخص الذى يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه — غير أنه إذا اضطر بسبب ماهية العمل إلى الاستعانة بأشخاص آخرين ، فهو لا يتحمل تبعة ما ، على شرط أن يقيم البرهان : أولا — على أنه بذل كل العناية اللازمة فى اختيار عماله وفى مراقبتهم . ثانيا — على أنه استنفد ما فى وسعه ليحول دون التخلف عن إجراء الموجب ويتلافى نتائجه المضرة » .

وبديهى أنه إذا انتفت مسئولية المقاول من الباطن نحو المصاب ، انتفت تبعاً لذلك مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن . وقد قضت محكمة النقض بأن المقاول من الباطن يعتبر عن أصحاب العمل فى القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل . وإذن فعلاقة المقاول من الباطن بالعامل المصاب إذا كان من أعضاء أسرته الذين قد يلزم بأن يعولهم لا تخضع لأحكام هذا القانون بمقتضى المادة الثانية منه ، وبالتالى لا تخضع لهذه الأحكام علاقة المقاول الأصلى بذلك العامل ، إذ القانون فى هذه الحالة لا يجعل المقاول الأصلى مسئولا إلا على اعتباره مجرد ضامن من الباطن ، وبناء على ذلك فإنه كلما كانت المسئولية عن المقاول من الباطن منتفية للقرابة ، فإن مسئولية المقاول الأصلى تكون لا محل لها (نقض مدنى ١٣ يونيه سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٨ ص ٢٤٥) .

العمل فى المدة المتفق عليها . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة ، فالواجب أن ينجزه فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف الحرفة وما يعرفه رب العمل من مقدرة المقاول ووسائله[1].

والالتزام بإنجاز العمل فى المدة المتفق عليها أو فى المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية ، وليس التزاماً ببذل عناية . فلا يكفى ، لإعفاء المقاول من المسئولية عن التأخر ، أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل فى الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك[2] . بل يجب عليه ، حتى تنتفى مسئوليته ، أن يثبت السبب الأجنبى . فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو فعل الغير ، انتفت علاقة السببية ولم تتحقق مسئوليته . ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مسبوقاً بخطأ منه ، وإلا كان مسئولا بقدر هذا الخطأ[3] . وقد قضى بأن برودة الطقس فى الشتاء لا تعد قوة قاهرة ، لأنها أمر متوقع[4]. كذلك تنتفى مسئولية المقاول عن التأخر فى إنجاز العمل ، إذا كان هذا التأخر راجعاً لخطأ رب العمل . فإذا تأخر رب العمل فى تقديم المادة التى تعهد بتقديمها ، وكان هذا التأخر سبباً فى تأخر المقاول فى إنجاز العمل ، لم يكن هذا الأخير مسئولا[5] . كذلك إذا تأخر رب العمل عن دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول فى مواعيدها حتى يتمكن هذا من إنجاز العمل ، فترتب على هذا التأخر تأخر المقاول فى إنجازه العمل فى ميعاده ، لم يكن هذا الأخير

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ .

(٢) حتى لو أثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلا لإنجاز العمل ، إذ أنه يكون مخطئاً لقبول الالتزام بإنجاز العمل فى هذه المدة غير الكافية (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٩٧ ص١٠٨٤ – أنسيكلوپيدى فى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٤٧ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٥) .

(٣) نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ – ١ – ٥٩٤ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٠٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٠ .

(٤) رن ٥ يونيه سنة ١٨٧١ سيريه ٧٢ – ١ – ١٧٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٣ .

(٥) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ .

مسئولا عن التأخر[١] .. وإذا طلب رب العمل تعديلات لم يكن متفقاً عليها من قبل ، فتسبب عن ذلك أن تأخر المقاول فى إنجازه العمل فى ميعاده ، لم يكن هذا الأخير مسئولا عن التأخر مادام قد أنجز التعديلات فى ميعاد معقول[٢] .

المطلب الثانى

جزاء الإخلال بالتزام إنجاز العمل

٤٤ — تطبيق القواعد العامة : إذا أخل المقاول بالتزامه من إنجاز العمل على التفصيل الذى قدمناه ، فخالف مثلا الشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو انحرف عن أصول الفن ، أو أظهر قصوراً فى كفايته الفنية ، أو أساء اختيار المادة التى يستخدمها فى العمل ، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه ، أو تأخر فى إنجاز العمل دون أن يثبت السبب الأجنبى ، فإن مسئوليته تتحقق كما قدمنا . ويكون لرب العمل فى هذه الحالة ، تطبيقاً للقواعد العامة ، إما أن يطلب التنفيذ العينى وإما أن يطلب الفسخ ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض[٣] . ويجب أن يعذر رب العمل المقاول ، كما تقضى القواعد العامة .

فيطلب رب العمل التنفيذ العينى ، بشرط أن يكون ذلك لايزال ممكناً .

---

(١) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ (.Bull. som) — ١ — ١٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ .Louage d'ouv et d'ind. فقرة ٥٠ .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ — ١ — ٣١ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨٩٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ .Louage d'ouv. et d'ind فقرة ٥٠ — محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ — وإذا توقف العمل فى البناء مدة من الزمن بسبب خطأ رب العمل ، وتسبب عن هذا التوقف تأخر فى إنجاز العمل ولو مدة أطول من مدة التوقف ، لم يكن المقاول مسئولا (استئناف مختلط ٥ نوفبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٥) .

(٣) وقد قضى بأن المقاول الذى تعهد باستعمال بئر الساقية لتشغيل طلمبة (pompe) ، فلم ينجح بسبب خطأه فى تقدير صعوبة العمل ، يجب عليه أن يرد لرب العمل ما تقاضاه من أجر ، هذا إذا لم يكن هناك وجه للحكم عليه أيضاً بالتعويض (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٣) .

فإن كان العمل المطلوب إنجازه عملا روعيت فيه شخصية المقاول ، كعمل تصميم أورسم لوحة أو نحت تمثال أوإجراء عملية جراحية ، وأصر المقاول على الامتناع عن التنفيذ ، جاز لرب العمل الالتجاء إلى طريقة التهديدالمالى إذا كانت هذه الطريقة مجدية[١] ، وإلا لم يبق أمامه إلا الفسخ والتعويض . أما إذا كان العمل المطلوب إنجازه ليس لشخصية المقاول فيه اعتبار ، كإقامة بناء أو صنع أثاث أوتصليح ساعة أو ترميم منزل ، جاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا التنفيذ ممكناً[٢] ، ويجوز فى حالة الاستعجال ، كما هو الأمر فى ترميم منزل آيل للسقوط ، أن ينفذ رب العمل الالتزام على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدنى)[٣] .

وقد يختار رب العمل فسخ عقد المقاولة ، إذا كان الإخلال بالالتزام جسيما بحيث يبرر الفسخ[٤] . وللقاضى ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يجيب

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٦٩ ص ٨٩ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨١٦ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٠١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ص١٦٢ –أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٥ – ولكن لا يجوز لرب العمل ، إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة ولم يتم صنعها ، أن ينتزع منه المادة لإعطائها لمقاول آخر لإتمام صنعها ، لأن المادة قبل إتمام الصنع لا تزال ملكا للمقاول الأول ، فلا يجوز انتزاعها منه دون رضاه (بلانيول وريبير ورواست١١ فقرة ٩٢٤ ص١٦٢) .

(٣) كما يجوز ذلك إذا اتفق الطرفان على أنه فى حالة تأخر المقاول يكون لرب العمل سحب العملية منه وإتمامها بواسطة غيره . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها المقاول – الطاعن – بطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه أدواته وآلاته بعد سحب العملية منه ، قد أقام قضاءه ، على أن « المطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر فى تنفيذ ما التزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل فى الميعاد المتفق عليه ورغم إمهاله فى ذلك مرارا ، وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العملية منه والتمس الطاعن الترخيص له فى إتمام العمل فى فترة حددها قبل المطعون عليه التماسه على ألا يعد هذا القبول تنازلا منه عن قرار السحب السابق ، وأن الطاعن استأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه » . وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص فى بند منه على أنه فى حالة سحب العمل يكون للمطعون عليه الحق فى حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التى استحضرها الطاعن واستعملها فى إتمام العمل دون أن يكون مسئولا عن دفع أى أجر عنها ، فإن النعى على الحكم مخالفة قانون العقد والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢) .

(٤) نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ .

رب العمل إلى الفسخ ، كما أن له أن يمهل المقاول حتى يقوم بتنفيذ التزامه ، كما أن للمقاول أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ التزامه فلا يحكم القاضي بالفسخ ولكنه يقضي بالتعويض إن كان له محل(١) .

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ ، كان له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المقاول بتنفيذ التزامه ، وذلك طبقاً للقواعد العامة(٢) . وصورة من صور التعويض مقترناً بالفسخ هي أن يترك رب العمل الشيء المصنوع للمقاول (laissé pour compte) ، إذا كان هذا قد أخل بالشروط والمواصفات المتفق عليها ، فلا يتقبله منه ولا يعطيه عنه أجراً ، بل يسترد منه قيمة المادة إذا كان هو الذي قدمها ، مع تعويض عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر آخر(٣) . وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه ، فتسري أحكامه(٤) ، ويجوز تخفيضه إلى مقدار ما تحقق من الضرر ،

---

(١) وقد يشترط رب العمل أن له الحق في فسخ العقد إذا رأى أن المقاول متأخر في إنجازه ، ففي هذه الحالة يكون تقدير التأخر في إنجاز العمل موكولا إلى رب العمل ، إلا إذا تعسف في هذا التقدير ، وعلى المقاول يقع عبء إثبات هذا التعسف (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥١) .

(٢) وقد قضي بأنه إذا تأخر المهندس في إعداد الرسومات اللازمة لعمل معين ، وترتب على هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل عليها لو أن المهندس وفى بالتزامه ، كان هذا الأخير مسئولا عن هذا الضرر (جرينوبل ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ داللوز ١٩٥٦ — ٤٩١ — محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٣ هامش ٢) .

وقد يكون الضرر أدبياً غير مادي ، ومع ذلك يجب التعويض عنه . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها ، وتأخر في ذلك ثم لم يقم إلا ببعضه ، لا شك يعتبر الضرر متوافرا ، لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذي أخذته من المتعهد ضمانا لعدم التأخير يصبح حقاً مكتسباً لها كما شرط في التعهد (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

(٣) نقض فرنسي ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ١١٠ — بيدان ١٢ فقرة ١٩١ مكررة — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٤ ص ١٦١ — أنسيكلوبيدي داللوز ٣ لفظ **Louage d'ouv. et d'ind,** فقرة ٥٥ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان العقد المبرم بين الطرفين قد أوجب في بند منه على المقاول — الطاعن — أن ينهي جميع العمل المنوه عنه في العقد في الوقت المتفق عليه ، وإلا كان المطعون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها في ذلك البند ، وأن هذه الغرامات توقع بمجرد حصول التأخير . وكان الطاعن قد تأخر في نهو العمل في الميعاد المتفق عليه أولا في =

كما يجوز الإعفاء منه إذا لم يقع ضرر أصلا[1] .

وليس رب العمل مضطراً إلى الانتظار إلى نهاية المدة حتى يستعمل حقه في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين . بل إن له ، متى رأى منذ البداية أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف لشروط العقد أو أنه تأخر في البدء فيه أو تأخر في إنجازه على وجه لا يرجى معه مطلقاً أن ينجز العمل في الميعاد ، أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء دون أن يمهل المقاول إلى نهاية المدة . وقد أورد التقنين المدني تطبيقاً لهذا المبدأ في حالة ما إذا ثبت أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد ، وأورد المشروع التمهيدي للتقنين المدني تطبيقاً آخر في حالة ما إذا تأخر المقاول تأخراً لا يرجى تداركه . ونستعرض كلا من هذين التطبيقين .

٤٥ — قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد — نص قانوني : تنص المادة ٦٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩ .

= العقد ، ثم تباطأ في إنجازه رغم إمهاله في إتمامه أكثر من مرة ، مما اضطر المطعون عليه إلى سحب العملية منه ، ثم قبل الطاعن الاستمرار في العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور ، فإن المطعون عليه يكون على حق في احتساب غرامة التأخير عليه (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ ص ٦٤٢) . ولكن إذا عمد رب العمل إلى تكليف مقاول آخر بإنجاز العمل بترخيص من القضاء ، فإن الضرر الذي يكون قد أصابه من تأخر المقاول الأول قد خف إلى درجة تبرر تخفيض الشرط الجزائي (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠٠) .

[1] محمد لبيب شنب فقرة ٧٥ ص ٩٤ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الشرط الجزائي يحوي مبلغاً عظيم المقدار لا يتناسب مع قيمة المقاولة ، فإن المقصود منه لن يكون تهديدياً لا جزائياً ، ليكون حافزاً للمقاول على أداء العمل المطلوب منه في موعده (استئناف مصر ٩ يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١١٥ ص ٢٤٤) .

« ٢ — على أنه يجوز طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا »[1]

ويخلص من هذا النص أن رب العمل ، وإن لم يكن له حق الإشراف والتوجيه على المقاول إذ المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل وهذا هو الذى يميز المقاولة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٧١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « أما إذا لم يكن من شأن العيب فى طريقة التنفيذ أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقدر له ، فلا يجوز فسخ العقد ». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، وأدخلت تعديلات لفظية على النص ، وصار رقمه ٦٧٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى تعديلا من شأنه الإحالة إلى القواعد العامة التى تتضمنها المادة ٢٠٩ مدنى دفعاً لشبهة استحداث حكم جديد ، وأصبح رقم النص ٦٥٠ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٦ — ص ١٩) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٤٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٦٩ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٦٤ : يجب على الصانع فى جميع الأحوال أن يضمن العيوب والنقائص التى تنجم عن عمله .

م ٦٦٥ : يجوز لصاحب الأمر فى الحالة المنصوص عليها فى المادة السابقة أن يرفض المصنوع ، وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يرده فى الأسبوع الذى يلى التسليم ، وأن يحدد للصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لسد نقصان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً . وإذا مضت المهلة ولم يقم الصانع بواجبه ، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية : ١ — أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكنا . ٢ — أن يطلب تخفيض الأجرة . ٣ — أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشىء لحساب من صنعه . ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أداؤه عند الاقتضاء من بدل العطل والضرر . وإذا كان صاحب الأمر هو الذى قدم المواد ، حق له أن يسترجع قيمتها — إن أحكام المواد ٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥ (ضمان العيب فى البيع) تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٢ و٣ المتقدمين .

(والتقنين اللبنانى يعرض لحالة ما إذا كان هناك عيب فى الصنعة وعرض الشىء على رب العمل لتسلمه ، ولكن يمكن أن يقاس على ذلك حالة ما إذا كان الشىء لا يزال فى يد المقاول يعمل فيه على وجه معيب أو مناف للعقد ، فلا ينتظر رب العمل حتى يعرض عليه الشىء ، بل له أن يبادر وينبه على المقاول أن يعدل من طريقة العمل) .

عن عقد العمل كما قدمنا ، إلا أن رب العمل من حقه أن يتعهد العمل وهو فى يد المقاول ليراقب ما إذا كان يجرى طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وأن المقاول ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة . فليس رب العمل إذن ملزماً بالتربص حتى ينتهى العمل ويقدمه له المقاول ، ليرى ما إذا كان هذا الأخير قد راعى الشروط والمواصفات وأصول الصناعة فى عمله فيقبل العمل ، أو لم يراعها فيرفضه . والخير فى أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر على نفسه وعلى المقاول ذاته الوقت والجهد والمشقة إذا ما تم العمل معيباً أومنافياً لشروط العقد ، ثم يرفضه بعد أن يكون قد تم . وهذا ضرب من الوقاية خير من رفض العمل بعد تمامه كعلاج لما فيه من نقص أوعيب .

فإذا لاحظ رب العمل أن مقاول البناء ، وهو يقيم البناء ، قد أخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم مثلا الأساس أو يصل به إلى العمق الكافى أولم يجعل الحيطان فى السمك المتفق عليه ، أولاحظ أن النجار الذى يصنع الأثاث المطلوب لم يراع أصول الصناعة فى صنع الوحدات الأولى من الأثاث أو استخدم خشباً فى هذه الوحدات غير الخشب المتفق عليه أو من صنف أقل جودة ، فإن لرب العمل فى هذه الحالة حق التدخل لمنع المقاول من المضى فى عمله المعيب أو المنافى لشروط العقد . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا . مثل ذلك أن يقيم مقاول البناء المبنى ويعلو بالأدوار الأولى منه على خلاف المواصفات والتصميم الموكول إليه تنفيذه ، فعند ذلك لايستطيع تدارك هذا الخطأ ، إذ أن الأدوار التالية ستكون على غرار الأدوار الأولى معيبة ، فلا سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم البناء كله . وفى هذا الفرض يكون لرب العمل الحق منذ البداية أن يطلب فسخ العقد لمخالفة المقاول للشروط ، ولا حاجة به للتربص إلى أن يتم البناء معيباً ثم يطلب الفسخ بعد ذلك . وللقاضى حق التقدير ، فإذا رأى أن رب العمل على حق فيما يدعيه حكم بالفسخ وبالتعويض ، أما إذا رأى أن العيب يمكن تداركه فإنه يقضى على المقاول بإصلاح العيب على نفقته .

(الفرض الثانى) أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكناً :

مثل ذلك أن يلقى مقاول البناء الأساس على عمق أقل من الواجب أو يقيم حائط الدور الأول بسمك أقل من الواجب ، أو يبدأ الحائك صنع الثوب على خلاف ما اشترطه رب العمل . فى هذا الفرض ، لما كان إصلاح طريقة التنفيذ ممكناً ، يجب على رب العمل أن يبدأ بإنذار المقاول بأن يصلح طريقة التنفيذ ، بأن يعمق الأساس أو يجعل الحائط فى السمك الواجب أو يصلح العيب فى صناعة الثوب . وليس له أن يبادر إلى طلب الفسخ ، مادام العيب ممكناً إصلاحه . وقد يكون المقاول غافلا عن العيب ، فيجب تنبيهه حتى لا يمضى فى عمل معيب[1] . ولا يشترط فى الإنذار شكل خاص . فقد يصل الأمر من الخطر إلى حد أن يجد رب العمل من المناسب أن يوجه الإنذار على يد محضر ، كما إذا خالف المقاول المواصفات فلم يعمق الأساس كما ينبغى . وقد يكون الأمر من الهوادة بحيث يكفى التنبيه الشفوى ، كما إذا كان الحائك قد بدأ صنع الثوب معيباً . ويحدد رب العمل للمقاول أجلا معقولا يصلح فيه العيب . فإذا انصاع المقاول لتنبيه رب العمل ، وأصلح العيب فى الأجل المحدد ، فإن له أن يمضى فى العمل على الوجه الصحيح ، ولا سبيل عليه لرب العمل . أما إذا نازع المقاول فيما تقدم به رب العمل وادعى أن العمل غير معيب ، أو سلم بالعيب ولكنه لم يصلحه فى الأجل المحدد ، فإن لرب العمل فى الحالتين أن يرفع الأمر إلى القضاء دون أن ينتظر إنجاز العمل على وجه معيب أو مناف للعقد ، أو دون أن ينتظر انتهاء الموعد المحدد لإنجاز العمل . ويطلب رب العمل إما الفسخ أو التنفيذ العينى ، طبقاً للقواعد العامة . فإن طلب الفسخ ، كان للقاضى أن يقدر ما إذا كان هناك محل لإجابة هذا الطلب فيقضى بالفسخ وبالتعويض إن كان له محل على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، أو أنه لا محل لفسخ العقد فيقضى على المقاول ، إذا رأى أن عمله معيب ، بإصلاح العيب على نفقته وبالتعويض إن كان له محل . وإن طلب رب العمل التنفيذ العينى ، ورأى القاضى أنه محق فى ادعائه أن العمل معيب ، قضى على المقاول بإصلاح العيب . ولرب العمل

(١) فإذا أهمل رب العمل فى تنبيه المقاول إلى ما فى العمل من عيوب ، أو تعمد أن يسكت إلى أن يتم العمل معيباً ، فإنه يكون قد أخل بواجبه من التعاون مع المقاول فى تنفيذ المقاولة ، كما تقضى القواعد العامة فى تنفيذ العقود ، ومن ثم لا يستحق تعويضا عن الضرر الذى كان يمكن أن يتجنبه لو أنه أخطر المقاول بما فى عمله من عيب فى الوقت المناسب (داڤيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ٨٢ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٣) .

فى هذه الحالة أن يطلب من القضاء ترخيصاً فى إصلاح العيب أو فى إنجاز العمل كله على الوجه الصحيح ، بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا ممكناً ، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٢٠٩ مدنى . ولرب العمل أن يطلب فوق ذلك الحكم على المقاول بالتعويض إن كان له محل . وقد يكون العمل مستعجلا لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء ، كما إذا كان الأمر متعلقاً بترميم منزل آيل للسقوط[1] ، فى هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدنى لرب العمل أن يلجأ إلى مقاول آخر يقوم بالعمل على الوجه الصحيح على نفقة المقاول الأول ، وذلك دون ترخيص من القضاء ، وللقاضى بعد ذلك أن يبت فيما إذا كان رب العمل على حق فيما فعل .

٤٦ – **تأخر المقاول تأخراً لا يرجى تداركه** : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ٨٧٠ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا تأخر المقاول فى أن يبدأ العمل أو فى أن ينجزه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغى فى المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسرى (م ٣٦٦ فقرة أولى) والتقنين البولونى (م ٤٨٨) والتقنين التونسى (م ٨٧٠) والتقنين اللبنانى (م ٦٦١) . وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذ تأخر المقاول فى إنجاز العمل تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به فى المدة المتفق عليها . والتقنين الألمانى (م ٦٣٦) يقصر هذا الجزاء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه ، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل إذا تبين أنه لا أمل مطلقاً فى إنجاز العمل فى المدة المتفق عليها . وقد أخذ التقنينان اللاتينى والجرمانى هذا المبدأ عن التقنين الانجلوسكسونى ، وخاصة عن التشريع الأمريكى المنظم لأحكام العقود الصادر فى سنة ١٩٣٣ ، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً إذا تأخر المقاول فى تنفيذ التزامه لدرجة يصبح معها ثابتاً أو محتملا جداً أنه لن يتمكن من إتمامه فى الميعاد فيكون بذلك قد أخل مقدماً بالتزامه . وهذا الحكم

(١) أو إقامة جناح فى معرض على وشك الافتتاح (محمد لبيب شنب فقرة ٧٢ ص ٩٢) .

يخالف القواعد العامة ، التي لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا » . وقد حذف النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »[1] .

والنص المحذوف يعرض للصورة العملية الآتية : يتفق مؤلف مع مطبعة على أن تنجز طبع مؤلفه في ميعاد معين ، أو يتفق عارض مع مقاول على أن ينجز صنع أشياء لعرضها في معرض معروف تاريخ افتتاحه فيكون هناك اتفاق ضمني على أن المقاول ينجز العمل قبل افتتاح المعرض . وتتأخر المطبعة أو يتأخر المقاول ، إما في البدء بالعمل وإما في إنجازه بعد البدء فيه ، بحيث يتبين جلياً ، قبل حلول الميعاد المتفق عليه صراحة أو ضمنياً ، أن المطبعة أو المقاول لن يتمكن من إنجاز العمل في الميعاد . وليس من الضروري أن يكون هناك ميعاد متفق عليه صراحة أو ضمناً ، فقد لا يكون هناك اتفاق على ميعاد معين ولكن المقاول يتأخر في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه بعد البدء فيه بحيث يتبين في جلاء أنه لن يتمكن من إنجاز العمل في المدة المعقولة التي تحددها طبيعة العمل وعرف الصناعة وقدرة المقاول[2] . ففي جميع هـــذه الأحوال يظهر جلياً أن المقاول ـــ كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما قدمناه ـــ « قد أخل مقدماً بالتزامه » . فيجوز إذن لرب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول ، ويبادر منذ أن يتبين استحالة إنجاز العمل في الميعاد إلى طلب فسخ العقد . وله مصلحة ظاهرة في ذلك . فهو لو انتظر حلول الميعاد ، فالعمل لن يكون قد تم ، ويتكلف من المشقة والضرر ما يجعله يطالب المقاول بالتعويض ، فالأولى أن يبادر إلى طب الفسخ فيجنب المقاول التعويض إلا بقدر ما لحقه من الضرر عند طلب الفسخ ، ويجنب نفسه تأخيراً أكبر فيما لو انتظر حلول الميعاد . ومن ذلك يتضح أن طلب الفسخ هو في مصلحة كل من الطرفين ؛

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٤ في الهامش – وقد ورد في التقنين المدني العراقي نص مماثل ، فقد نصت المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه « إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجازه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم » . ونصت المادة ٦٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يحق لصاحب الأمر أن يطلب حل العقد بعد إنذار الصانع : أولا – إذا تمادى الصانع في تأجيل الابتداء بالعمل لغير سبب مشروع . ثانياً – . . . . »

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٣ .

رب العمل والمقاول معاً . وإذا شئنا أن نستند إلى نص ، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التى عرضت لها الفقرة الثانية من المادة ٦٥٠ مدنى حين تقول : « على أنه يجوز طلب فسخ العقد فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا »[1]. ففى الحالتين ارتكب المقاول خطأً لا يمكن تداركه ، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذاً معيباً لا يمكن تداركه ، وإما أن يكون قد تأخر فى البدء به أوتأخر فى إنجازه بحيث لا يمكن إنجازه فى الميعاد فيكون التنفيذ هنا أيضاً مشوباً بعيب لا يمكن تداركه . وقد رأينا أن هناك نصاً صريحاً (م٦٥٠/٢ مدنى) فى إحدى الحالتين يجيز لرب العمل أن يطلب الفسخ فوراً ، فتقاس على هذه الحالة الحالةالأخرى.

لذلك يبدو لنا أنه ليس دقيقاً ما ورد فى المذكرة الإيضاحية من أنالحكم الوارد فى النص المحذوف « يخالف القواعد العامة التى لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا » . فإن الإخلال بالالتزام قد حصل مقدماًوعلى وجه محقق ، كما تقول المذكرة الإيضاحية نفسها . وحذف النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » لا يمنع فى نظرنا من تطبيقه بالرغم من حذفه ، إذ هو فى الواقع متفق مع القواعد العامة كما رأينا . وقد صيغت لهذه الحالة ونظائرها نظرية الجحود المبتسر ، وهى نظرية تدخل فى نطاق القواعد العامة[2] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥ .

(٢) داڤيد فى رسالته فى عقد الاستصناع ص٨٤ – ص ٨٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٧٦ – وانظر له أيضاً بحثاً فىنظرية الجحود المبتسر (anticipatory repudiation of contract) دراسة فى القانون الأمريكى مقارنة بالقانونين الفرنسى والمصرى فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الثانية ص ٢٥٧ وما بعدها والسنة الثالثة ص ١٣٩ وما بعدها .

ولا يقتصر الأمر ، طبقاً لنظرية الجحود المبتسر ، على حالة تأخر المقاول فى البدء بالعمل أو فى إنجازه ، بل يتناول أيضاً حالة ما إذا صرح المقاول أنه لن ينفذ العمل أو اتخذ مسلكاً ينم عن هذه النية أو أتى بفعل من شأنه أن يجعل تنفية التزامه مستحيلا . ويضرب الأستاذ محمد لبيب شنب لذلك مثلا : « تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه فى خلال أسبوع معين ، وقبل حلول هذا الأسبوع تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل فى خلال الأسبوع نفسه . فى هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا المسلك جحوداً من الفرقة ، وأن يفسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد ، وذلك يتيح له أن يتعاقد مع فرقة أخرى ، وهو ما يكفل له ألا يبقى مسرحه بلافرقة وهو ما يحدث له لو انتظر حلول موعد التنفيذ الأول » (محمد لبيب شنب فقرة ٧٧) .

المبحث الثانى

تسليم العمل

٤٧ – **وجوب التسليم والجزاء على الإخلال بهذا الواجب** : نعرض فى هذا المبحث لمسألتين : (١) وجوب التسليم ، فنبين المحل الذى يقع عليه التسليم ، وكيف يكون التسليم ، ومتى ، وأين . (٢) الجزاء على الإخلال بواجب التسليم من تنفيذ عينى أوفسخ مع التعويض فى الحالتين ، ويدخل فى ذلك بحث من يتحمل تبعة استحالة التسليم لسبب أجنبى .

المطلب الأول

وجوب التسليم

٤٨ – **المحل الذى يقع عليه التسليم** : المحل الذى يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب إنجازه . فإذا كان المقاول هو الذى قدم المادة ، وجب عليه تسليمها مصنوعة عن النحو المتفق عليه . أما إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فإن المقاول يلتزم بردها بعد أن يجرى فيها العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أوتصليح ، وهو فى ذلك إنما يرد لرب العمل ملكه إذ ملكية الشىء لا تزال باقية لرب العمل . وهو فى الحالتين يسلم العمل بموجب التزام فى ذمته بالتسليم ناشئ من عقد المقاولة . ويمكن أيضاً ، فى الحالة الأولى ، أن يلزم بالتسليم فيما يتعلق بالمادة التى قدمها بموجب التزام البائع بتسليم المبيع ، إذ قدمنا أن العقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع[1] . أما فى الحالة الثانية ، إذا قدم رب العمل المادة ، فإن المقاول يلزم أيضاً بردها بموجب دعوى استرداد[2] ، إذ رب العمل يبقى مالكاً للمادة كما قدمنا .

ويلتزم المقاول فوق ذلك برد ما بقى من المادة التى قدمها رب العمل ، فقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ مدنى تقضى بأنه « إذا كان رب العمل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ – وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٥٨٢ .

(٢) انظر فى ذلك بلانيول وريبير ورواست فقرة ٩٢٥ ص ١٦٢ .

هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها »[١] . كذلك يلتزم المقاول برد ما تسلمه من رب العمل من تصميم ورسومات ونماذج ورخص (كرخصة البناء فى مقاولة البناء) ومستندات مثبتة للملكية (ملكية الأرض التى يقام عليها البناء) وأدوات ومهمات يكون قد تسلمها من رب العمل ، ولم تعد الحاجة تدعو لاستبقائها عنده بعد أن أنجز العمل[٢] .

٤٩ — كيف يكون التسليم : يكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق ، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلا على العمل فإن هذا هو التسلم لا التسليم وهو واجب على رب العمل لا المقاول .

وتختلف طريقة التسليم باختلاف العمل . فالحائك يسلم الثوب المصنوع إلى رب العمل يداً بيد ، وكذلك النجار والسباك والصائغ وغير هؤلاء من أرباب الحرف والصناعات . ومقاول البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه إياه تحت تصرفه بحيث يتمكن رب العمل من الاستيلاء على البناء والانتفاع به كما سبق القول ، وقد يتم ذلك بتسليم مفاتيح البناء إلى رب العمل . والمقاول الذى قام بصنع شيء أو بتحويله أو بتحسينه أو بإصلاحه يسلمه إلى رب العمل بوضعه إياه تحت تصرفه على النحو سالف الذكر . وإذا قام المقاول بعمل لا ينقل حيازة الشيء من رب العمل ، كالسباك يصلح مواسير المياه والدهان يدهن الحيطان ، فإن التسليم يكون بتخلية السبيل أمام رب العمل لينتفع بالشيء الذى تم العمل فيه .

٥٠ — متى يكون التسليم — حق المقاول فى حبس العمل : يكون التسليم فى الميعاد المتفق عليه لإنجاز العمل ، فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه ففى الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة[٣] . وعلى كل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٢) هيك ١٠ فقرة ٤١٨ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣ .

حال يكون التسليم بمجرد إنجاز العمل ، ما لم يتفق على ميعاد آخر . وقد يستخلص هذا الاتفاق من الظروف ، فالشيء المصنوع لتقديمه فى مسابقة أو لعرضه فى معرض يكون ميعاد تسليمه قبل حلول موعد المسابقة أو قبل حلول افتتاح المعرض[١] .

وقد يحل ميعاد التسليم ، ويكون للمقاول أجر مستحق فى ذمة رب العمل. فى هذه الحالة يجوز للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره ، وذلك طبقاً للقواعد العامة فى الحبس (م ٢٤٦ مدنى) وفى الدفع بعدم التنفيذ (م ١٦١ مدنى) . وينقضى حق الحبس إذا استوفى المقاول أجره ، أو إذا قام رب العمل بتقديم تأمين كاف للوفاء بالأجر (م ٢٤٦/١ مدنى) . والحق فى الحبس لا يقتصر على الأشياء التى صنعها المقاول بمادة من عنده ، بل يتناول أيضاً كل ما سلمه رب العمل من مادة لاستخدامها فى إنجاز العمل ومن أدوات ومهمات ومستندات ووثائق ورسوم ونماذج وتصميمات وغير ذلك مما يكون رب العمل قد سلمه للمقاول لإنجاز العمل[٢] . ولكن إذا اقتصر عمل المقاول على شيء ظل فى حيازة صاحبه ، كالسباك يصلح مواسير المياه والمقاول يحفر مكاناً أو يردم حفرة أو يهدم حائطاً ، فليس للمقاول الحق فى حبس المكان الذى عمل فيه حتى يستوفى الأجر[٣] ، لأن هذا المكان لم يخرج من حيازة صاحبه حتى يمكن حبسه عنه . وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفى مواجهة دائنى رب العمل العاديين والممتازين[٤] .

٥١ — أين يكون التسليم : يكون التسليم فى المكان المتفق عليه . فإن لم يكن هناك اتفاق ، ففى المكان الذى يحدده عرف الصنعة . وإذا كان العمل واقعاً على عقار ، كان التسليم فى مكان العقار . أما إذا كان واقعاً على منقول بقى فى حيازة رب العمل ، فإن التسليم يكون فى مكان وجود المنقول ، فإذا

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٨١ .

(٢) دلفو فقرة ١٤٢ ص ١٢٨ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٤ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ .

(٤) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٣ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠٢ .

انتقلت حيازة المنقول إلى المقاول ، ولم يكن هناك اتفاق أوعرف ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة ويكون التسليم فى موطن المقاول أو يكون فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذى تم يدخل عادة ضمن هذه الأعمال لأنه هو المدين بالتسليم (م ١/٣٤٧ مدنى)[١] .

المطلب الثانى

جزاء الإخلال بواجب التسليم

(تحمل التبعة)

٥٢ — **تطبيق القواعد العامة** : إذا لم يقم المقاول بتسليم العمل كاملا فى الزمان والمكان الواجب تسليمه فيهما ، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم . ويكون لرب العمل ، وفقاً للقواعد العامة ، طلب التنفيذ العينى أو طلب الفسخ مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض . ويجب على رب العمل فى جميع الأحوال أن يبدأ أولا بأن يعذر المقاول بالتسليم .

ويطلب رب العمل التنفيذ العينى ، فيجبر المقاول على التسليم إذا كان هذا ممكناً . وإذا كان التسليم يقتضى تدخل المقاول شخصياً ، جاز الالتجاء إلى طريقة التهديد المالى . وإذا كان يمكن الحصول على مثل الشيء ، جاز لرب العمل أن يحصل عليه على نفقة المقاول[٢] ، بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال . ولا يجبر المقاول على التسليم إذا كان العمل فنياً ورأى حتى بعد أن أتمه أنه غير راض عنه كعمل فنى أو أدبى وأن تسليمه على الوجه الذى هو عليه يضر بسمعته الفنية أو الأدبية ، فإن تقدير ذلك أمر شخصى موكول إلى رأيه هو ، وفى هذه الحالة لا يبقى أمام رب العمل إلا طلب التعويض أو طلب الفسخ مع التعويض[٣] .

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ٨٢ .

(٢) داڤيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١١٠ .

(٣) نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٩٧ — باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ — ٣٣٦٣ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٧ .

لكن إذا امتنع الفنان عن تسليم عمله دون أن يعلن أنه غير راض عنه ، وكان امتناعه =

وقد يطلب رب العمل فسخ العقد ، وبخاصة إذا أصبح تسليم العمل مستحيلا ، فتبرأ ذمته من دفع الأجرة ، ويرجع فوق ذلك بتعويض عما أصابه من الضرر . وللقاضى تقدير وجاهة طلب الفسخ ، فقد يجد أن المقاول قد سلم أكثر العمل وأن ما بقى منه قليل الأهمية لايبرر الفسخ ، وقد يرى أن يمهل المقاول حتى يقوم بالتنفيذ العينى ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة .

وسواء طلب رب العمل التنفيذ العينى أو الفسخ ، فإن له أن يطلب فى الحالتين التعويض عما أصابه من الضرر من جراء إخلال المقاول بالتزامه .

ولما كان التزام التسليم التزاماً بتحقيق غاية ، فإن مجرد عدم قيام المقاول بالتسليم يعتبر إخلالا منه بالالتزام . ولاحاجة لأن يثبت رب العمل خطأ فى جانب المقاول ، فعدم التسليم ذاته هو الخطأ . ولاتنتفى مسئولية المقاول إلا إذا أثبت السبب الأجنبى ، أو إلا إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل فى المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية ويكفى لانتفاء المسئولية فيه أن يثبت أنه قد قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد [1]. وفى غير هذه الحالة الأخيرة يجب على المقاول ، كما قدمنا ، أن يثبت السبب الأجنبى لينفى عن نفسه المسئولية . فإذا كان الإخلال بالالتزام هو مجرد التأخر فى تسليم العمل بعد إعذار رب العمل المقاول بالتسليم ، كان المقاول مسئولا عن تعويض رب العمل عن هذا التأخر ، مالم يثبت أن هذا راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى كأن كانت طرق المواصلات قد تعطلت [2] ، أو أن هذا راجع إلى فعل الغير ، أو إلى خطأ رب العمل نفسه.

= للتعنت أو طمعاً فى زيادة الأجر ، فإنه يجبر على التسليم (بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا – فال فى تعليقه فى سيريه ١٩٠٠ – ٢ – ٢٠١ – محمد لبيب شنب فقرة ٨٥ ص١٠٣ – انظر عكس ذلك باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ٢ – ٤٦٥) .

(١) قارن محمد لبيب شنب فقرة ٨٧ ص ١٠٤ .

(٢) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩١٢ م ٤٤ ص ٢٠٦ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٤٩ – ٥ نوفبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٥ – نقض فرنسى ٨ نوفبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ – ١ – ٦٧ (توقفت الملاحة النهرية بسبب الجليد) – وإذا كان التأخر راجعاً إلى صعوبة فى الحصول على المواد اللازمة للعمل لندرتها أو لارتفاع الأسعار ، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة ، ويبقى المقاول مسئولا عن التأخر (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١ – محمد لبيب شنب فقرة ٨٧ ص ١٠٥).

هذا والأشياء التى تسلمها رب العمل إلى المقاول لاستخدامها فى العمل تعتبر أشياء قد سلمت =

كأن يكون هذا قد تأخر فى تسليم المواد اللازمة للعمل أو فى دفع الأقساط المستحقة أو أمر بإدخال تعديلات اقتضت هذا التأخر . أما إذا كان الإخلال بالالتزام هو عدم التسليم أصلا ، فإن المقاول لا يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كما سبق القول . فإذا لم يثبت ذلك ، وجب عليه دفع التعويض كاملا . أما إذا أثبت السبب الأجنبي ، فإن مسئوليته تنتفى ، ويجب البحث فيمن يتحمل التبعة فى هذه الحالة ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٥٣ — تحمل تبعة هلاك الشيء قبل تسليمه — نص قانونى : تنص المادة ٦٦٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقاته ، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين » .

« ٢ — أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يتسلم الشيء ، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطأ منه ، وجب عليه أن يعوض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل » .

« ٣ — فإذا كان رب العمل هو الذى أعذر أن يتسلم الشيء ، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو إلى عيب فى المادة التى قام بتوريدها ، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق فى الأجر وفى التعويض عند الاقتضاء »(١)

= إليه «لاستعمالها فى أمر معين لنفقة المالك أو غيره» . بحسب نص المادة ٣٤١ من تقنين العقوبات ، فإذا غير المقاول نيته من حيازة هذه الأشياء حيازة موقتة إلى حيازة دائمة بنية تملكها ، فإنه يكون مرتكباً لجريمة التبديد (أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات الأهلى طبعة ثانية ص ٧٧٠ وص ٧٩٧ — محمد مصطفى القللي فى جرائم الأموال ص ٣٧١ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وصار رقم النص ٦٩٤ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أدخلت تعديلات لفظية أخرى وتغيير فى ترتيب العبارات حتى صار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٣ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٥ ، مع ملاحظة أن الهلاك المشار إليه فى المادة يشمل السرقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٩ — ص ٦٢) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤١٧ / ٥١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : =

والمفروض فى تحمل التبعة ، كما يتبين من النص ، أن الشىء لم يسلم إلى رب العمل ولم يعذر المقاول رب العمل أن يتسلمه ، وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو حادث فجائى أثبته المقاول[١] . أما إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعذار رب العمل أن يتسلم ، فالذى يتحمل التبعة هو رب العمل ، سواء كان هو الذى قدم المادة أو كان المقاول هو الذى قدمها ، ويجب على رب العمل أن يدفع الأجر كاملا للمقاول[٢] .

فإذا فرضنا مثلا أن رب العمل تعاقد مع نجار على صنع أثاث ، أو مع

= إذا أحضر الصانع المهمات اللازمة للعمل المأمور به وتلف العمل، كان تلفه عليهما لم يسبق تسليم العمل لصاحبه اوقبوله أوعرضه عليه مع تكليفه باستلامه تكليفاً رسمياً . وأما إذا كانت المهمات محضرة من صاحب العمل وكان الصانع مقاولا على عملها وحصل التلف بسبب قهرى ، فيكون تلف المهمات على المالك وتضيع على الصانع أجرته . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧١ : فى جميع الأحوال التى يقدم فيها الصانع المواد ، لا يكون مسئولا عن هلاك المنشأ كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة ، ولكنه لا يستطيع المطالبة بالبدل إذا كان الهلاك قد حدث قبل التسليم ولم يكن صاحب الأمر متأخراً فى الاستلام ، فتكون المخاطر إذن على الصانع . وفى هذه الحالة يجب على الصانع أن يقيم البرهان على حدوث الهلاك بسبب قوة قاهرة إذا كان الهلاك قد حدث قبل استلام صاحب الأمر للشىء .

م ٦٧٢ : فى الحالة التى لا يقدم فيها الصانع إلا عمله أو صنعته ، لا يكون مسئولا عن الهلاك بسبب قوة قاهرة ، ويمكنه أن يطلب أجره إذا كان الشىء قد هلك لعيب فى المواد أو كان صاحب الأمر قد استلمه أو كان متأخراً عن استلامه . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(١) ذلك أن عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائى يقع ، كما قدمنا ، على عاتق المقاول ، إذ هو لا يتخلص من المسئولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبى (نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ٢١ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٠٩ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٤ – دى باچ ٤ فقرة ٨٧٧ ص ٩٠٢ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٦ ، كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩٢) .

(٢) ويعدل هلاك الشىء بعد التسليم أن يهلك قبل التسليم فى يد المقاول وهو حابس له حتى يستوفى الأجر ، فالهلاك يكون فى هذه الحالة على رب العمل ، لأنه هو المخطىء إذ لم يدفع الأجر فدفع المقاول بخطأه إلى حبس الشىء (محمد لبيب شنب فقرة ٩٥) .

حائك لصنع ثوب ، وقبل أن يسلم النجار الأثاث أو الحائك الثوب احترق المكان فاحترق الأثاث أو الثوب ، أو نفرض أن الأثاث أو الثوب قد سرق ، وكانت الحريق أو السرقة بقوة قاهرة ولم يثبت تقصير فى جانب المقاول ، فإن التبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدمه من عمل ومادة ، ويتحملها رب العمل فيما قدمه من مادة . ولبيان ذلك نفرض أولا أن المقاول هو الذى قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب . فمادام رب العمل لم يتسلم الأثاث أو الثوب ولم يتقبل العمل[1] ، فإن تبعة الهلاك كلها تقع على المقاول . فهو لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفقه فيه ، لأن رب العمل لم يفد من هذا العمل شيئاً . وهو أيضاً يتحمل تبعة هلاك المادة التى قدمها فلايستطيع أن يرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ، لأنه لم يسلم الشيء إليه[2] ، وإذا فرضناه بائعاً للمادة المصنوعة على خير تقدير له وقد انتقلت ملكية هذه المادة إلى رب العمل بمجرد صنعها ، فلا يزال كبائع يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل

---

(١) ذلك أن تقبل العدل يعدل التسليم ، فإذا ذهب رب العمل إلى مكان المقاول وعاين الشيء المصنوع وتقبله ، فإنه يكون فى حكم من تسلمه ، وتركه إياه مؤقتاً عند المقاول إنما هو على سبيل الوديعة إلى أن يستولى عليه فيكون الهلاك إذن على رب العمل من حيث المادة والأجر ، ويجب أن يدفع للمقاول الأجر كاملا كما لو كان قد تسلم الشيء (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٠٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٥ — وانظر عكس ذلك محمد لبيب شنب فقرة ٩٤) . وقد يكون تقبل العمل جزءاً فجزءاً بمجرد إنجاز كل جزء ، ويعتبر قرينة على التقبل الجزئى دفع ثمن الجزء الذى أنجز (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) .

(٢) ويذهب القضاء فى فرنسا إلى أنه فى مقاولات البناء ، إذا كان المقاول يبنى بمواد من عنده فى أرض رب العمل ، فإن المواد تصبح مملوكة لرب العمل بطريق الالتصاق ، ويكون هلاكها عليه إذ الهلاك على المالك (نقض فرنسى ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١ — ١ — ١٠٥ — ١٩ يوليه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢ — ١ — ١٨ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٠٩١) . ولكن الفقه الفرنسى وبعض أحكام القضاء تذهب إلى أن التملك بالالتصاق لا يكون بالرغم من إرادة صاحب الأرض ، ومن ثم فيكون تحمل التبعة قبل التسليم حتى فى هذه الحالة على المقاول لا على رب العمل (هيك ١٠ فقرة ٤١٤ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩١٠ — فقرة ٣٩١١ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٢٧٤ ص ٤٠٢ هامش ٤ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'onv. et d'ind. فقرة ٤٩ — نقض فرنسى ٤ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ — ١ — ٢١١) .

التسليم كما تقضى القواعد العامة[1] . ونفرض ثانياً أن رب العمل هو الذى قدم الخشب لصنع الأثاث أو القماش لصنع الثوب ، فإن تبعة الهلاك تقع على المقاول أيضاً فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته ، ولايستطيع أن يطالب بها رب العمل لأن هذا الأخير لم يفد شيئاً من عمل المقاول فلا يتحمل لا الأجر ولا النفقات . أما المادة التى قدمها رب العمل من خشب أوقماش ، فهو الذى يتحمل تبعة هلاكها ، لأنه يبقى مالكاً لها وهى فى يد المقاول ، والشىء يهلك على مالكه (res perit domino) كما تقضى القواعد العامة[2].

٥٤ — الهلاك بخطأ المقاول : وقد فرضنا فيما قدمناه أن الهلاك قد وقع بقوة قاهرة أوحادث مفاجئ . أما إذا وقع الهلاك بخطأ المقاول — أوما يعدل الخطأ بأن يعذر رب العمل المقاول أن يسلم الشىء فلايسلمه — فإن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ مدنى سالفة الذكر تجعل الهلاك على المقاول لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك . فإذا كان المقاول هو الذى قدم الخشب أو القماش ، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسليم ، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ولايسترد نفقاته ، ولايرجع بقيمة الخشب أو القماش على رب العمل ،

---

(١) وحتى لو كان رب العمل يشرف على المقاول فى العمل ، فلا يزال المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل وهو ما يتميز به عقد المقاولة . فإذا كان الإشراف كاملا بحيث ينقلب إلى خضوع ويصبح العقد عقد عمل ، فلا يزال رب العمل هو الذى يتحمل التبعة ، لأن العامل فى عقد العمل لا تقع تبعة عليه (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٣ ص ١٠٨٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٦ ص ١٦٤) .

(٢) وقد قضى بأنه إذا اقترض تاجر المجوهرات ذهباً وأعطاه الصانع يصوغه ، فسرق الذهب بقوة قاهرة دون خطأ الصانع ، فإن الصانع تبرأ ذمته من رد الذهب إلى تاجر المجوهرات ، ويبقى هذا مديناً برد مثل الذهب إلى المقرض (باريس ١٧ يوليه سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦–٢–١٠٢–أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠١)–ولا يعتبر تحمل التبعة على هذا النحو من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك وأن يتحمل المقاول التبعة (بودرى وقال ٢ فقرة ٣٩٠٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) . وإذا كان المقاول قد أمن على الشىء ، فإنه يرجع على الشركة بمبلغ التأمين ، ويرجع عليه رب العمل بهذا المبلغ (باريس ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ – ٥ – ٢٣ مايو سنة ١٩١١ جازيت دى باليه ١٩١١–٢–٤٠٢–أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind فقرة ١٠٠) .

ويدفع تعويضاً لرب العمل عما أصابه من الضرر من جراء هذا الخطأ[١] :
وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش ، فإن المقاول ، وقد هلك الشيء بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسلم ، لا يأخذ أجرا على عمله ولا يسترد نفقاته ، ويرجع فوق ذلك رب العمل عليه بقيمة الخشب أو القماش وبالتعويض عن كل ضرر آخر أصابه من جراء خطأ المقاول[٢] .

٥٥ — **الهلاك بخطأ رب العمل** : أما إذا كان الهلاك ، فى المثل الذى قدمناه ، بخطأ رب العمل — أوما يعدل الخطأ بأن يكون رب العمل قد أعذر ليتسلم الشيء[٣] فلم يفعل أو كان سبب الهلاك عيباً فى المادة التى وردها المقاول[٤] — فإن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٥ مدنى سالفة الذكر تجعل الهلاك على رب العمل لأن خطأه هو الذى سبب الهلاك . فإذا كان المقاول هو الذى قدم الخشب أو القماش ، ثم هلك الأثاث أو الثوب بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسلم ، فإنه يجبر على دفع الأجر كاملا للمقاول كما لو كان قد تسلم الشيء ، ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك . وإذا كان رب العمل هو الذى ورد الخشب أو القماش ، فإنه ، وقد هلك الشيء بخطأه أو بعد أن أعذر بالتسلم أو كان الهلاك بسبب عيب فى الخشب أو القماش الذى ورده ، يتحمل وحده

---

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٠٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٦ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٩ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ ص ١٦٧ — محمد لبيب شنب فقرة ٨٩ — وقد يلتزم المقاول بعقد المقاولة أن يحافظ على أمتعة رب العمل ، كما إذا دخل شخص ملعباً وأودع معطفه مخزن الأمانات ، فإن قصر المقاول وترتب على تقصيره أن سرق المعطف أوضاع ، كان مسئولا عن تعويض رب العمل (باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ — ٧٥٨ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٠٩) .

(٣) أو أعذر أن يعاينه ليقبله ، فهذا يعدل الإعذار بالتسلم (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦) .

(٤) وذلك ما لم يكن المقاول قد علم أو ينبغى أن يعلم بالعيب وفقاً لأصول الصناعة ، مثل ذلك البيطار يضع للحصان حدوة معيبة قدمها له صاحب الحصان . فى هذه الحالة لا يكون رب العمل مخطئاً ، ويتحمل المقاول التبعة وحده وفقاً للقواعد التى سبق تفصيلها (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٠٦ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ — ١ ص ٤٠٢ هامش ٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٧ ص ١٦٦ — كولان وكاپيتان ودى لاموranدير ٢ فقرة ١٠٩٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١١٠ — فقرة ١١٢ — محمد لبيب شنب فقرة ٩٠ ص ١٠٧ — نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥١ — ٧٦) — وانظر آنفاً فقرة ٤١ .

هنا أيضاً الخسارة ، ويجب عليه أن يدفع الأجر كاملا للمقاول ، ولا يرجع بشيء عليه عن الخشب أو القماش الذى ورده له .

المبحث الثالث

الضمان

٥٦ — مسألتان : وضع القانون أحكاماً خاصة فى ضمان المهندس المعمارى والمقاول للمنشآت الثابتة التى يقومان بتشييدها ، لما لذلك من أهمية خاصة : فنستعرض أولا أحكام الضمان بوجه عام ، ثم نستعرض هذه الأحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول .

المطلب الأول

الضمان بوجه عام

٥٧ — ضمان المقاول للمادة التى يقدمها — إحالة : قدمنا أن المادة ٦٤٨ مدنى تنص على أنه « إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل » . وقررنا أن المقاول فى هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية . ويكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر فى المادة الصفات التى كفل له رب العمل وجودها فيه ، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل ، ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول . وقد بسطنا تفصيل القول فى ذلك فيما تقدم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1] .

٥٨ — مسئولية المقاول عن المادة التى يقدمها رب العمل — إحالة : أما إذا كان رب العمل هو الذى قدم المادة ، فبديهى أن المقاول لا يكون ضامناً لعيوبها ضمان البائع للعيوب الخفية ، لأنه لم يبعها لرب العمل بل رب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ .

العمل هو الذى قدمها وهو المالك لها منذ البداية . ولكن قدمنا أن المقاول إذا كشف فى أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى عيوباً فى المادة التى قدمها رب العمل لاتصلح معها للغرض المقصود ، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج . وذكرنا النص الذى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه فى هذا المعنى ، وهو نص المادة ٨٦٩ الذى جرى على الوجه الآتى : « ١ – إذا حدثت أو ظهرت أثناء العمل عيوب فى المادة التى قدمها رب العمل ، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل فى أحوال ملائمة ، وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك . ٢ – فإذا أهمل فى الإخطار ، كان مسئولا عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج » . ونحيل هنا أيضاً إلى ما سبق أن قدمناه هناك(١) .

٥٩ – ضمان المقاول للعيب فى الصنعة : فإذا تركنا المادة سواء قدمها المقاول أو قدمها رب العمل ، واقتصرنا على العمل الذى قام به المقاول ، فهل يكون هذا الأخير ضامناً لجودة العمل ، وإلى متى يبقى هذا الضمان ؟ لاشك فى أن المقاول يكون مسئولا عن جودة العمل ، وقد قدمنا أنه يلتزم بإنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة وطبقاً للشروط الواردة فى هذا العقد ، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول(٢) . فيكون المقاول إذن مسئولا عن كل عيب فى الصنعة (malfaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولا عنه(٣) . فإذا وقع عيب من ذلك ، وكشفه رب العمل قبل أن يتسلم

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧ .

(٣) دى باج ٤ فقرة ٨٨٠ ص ٩٠٦ – ومن ثم يكون المهندس المعمارى مسئولا عن العيب فى التصميم الذى وضعه إذا لم يراع فيه القيود والاشتراطات التى تفرضها القوانين والقرارات الخاصة بالبناء ، كتحديد أقصى ارتفاع وكترك المسافات اللازمة (مصر الكلية الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢ – دلفو فقرة ٢٤٨ ص ٢٠٥ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٠) . ويجب أن يكون العيب قديماً ، أى موجوداً فى الشىء قبل أن يتسلمه رب العمل ، فإذا طرأ بعد التسلم لم يكن المقاول مسئولا عنه (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٢ ص ١١٩) . =

الشيء أو قبل أن يتقبل العمل ، فقد قدمنا أن له أن يطلب التنفيذ العيني أى إصلاح العيب أو أن يطلب الفسخ ، كما أن له أن يطلب التعويض فى الحالتين إذا كان له محل[١] . أما إذا تسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل قبل أن يكشف العيب ، ثم كشفه بعد ذلك ، فإلى أية مدة يبقى المقاول ملزماً بالضمان ؟ لا يوجد نص فى هذه المسألة على مثال النص الوارد فى ضمان المهندس المعمارى والمقاول للمنشآت التى يقومان بتشييدها ، وهو النص الذى سنتولى بحثه فيما يلى ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه القواعد تقضى بوجوب التمييز بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن يكون العيب فى الصنعة واضحاً يمكن للشخص العادى أن يكشفه إذا عاينه . وفى هذا الفرض إذا تسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل دون أن يعترض ، فالمفروض أنه قبل العمل معيباً ونزل عن حقه فى الرجوع على المقاول من أجل هذا العيب ، مادام المفروض أنه عاين العيب وعلم به دون أن يعترض عليه ، أو فى القليل أنه كان يمكن أن يكشفه لو أنه بذل عناية الرجل العادى فى كشفه[٢] . ومن ثم ينقضى ضمان المقاول للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله العمل[٣] .

(الفرض الثانى) أن يكون المقاول قد أخفى غشا العيب فى الصنعة ، فلم يستطع رب العمل أن يكشفه وقت تسلم الشيء أو تقبل العمل . وفى هذا الفرض يكون المقاول مسئولا عن غشه ، وبمجرد أن يكشف رب العمل العيب يكون له الحق فى الرجوع على المقاول بالضمان ، أى بإصلاح العيب

= ورب العمل هو الذى يقع عليه عبء إثبات العيب ، فإذا أثبته لم يكن ملزماً بإثبات أن هذا العيب نشأ عن خطأ من المقاول ، فإن ضمان العيب التزام بتحقيق غاية ، فوجود العيب هو ذاته الخطأ ، ولا يستطيع المقاول نفى المسئولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبى (مازو ٣ فقرة ١٣٥٧ ص ١١١٧ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٧) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٤ .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٩ مكررة .

(٣) ديفرجييه ٢ فقرة ٣٦٤ – جيوار ٢ فقرة ٧٩٣ ص ٣٦٠ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٦ ص١١٠٨ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ – مازو ٣ فقرة ١٣٧٢ ص ١١٣٣ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٢ ص ١١٧ – ص ١١٨ .

مع التعويض(١) أو بالفسخ مع التعويض(٢)، خلال ثلاث سنوات من كشف العيب ، لأن المقاول يكون مسئولا مسئولية تقصيرية(٣) ودعوى المسئولية تسقط بالتقادم بثلاث سنوات من وقت علم المصاب بوقوع الضرر ، وتسقط فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع أى من يوم إخفاء العيب غشا (م ١٧٢/١ مدنى) .

(الفرض الثالث) أن يكون العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل ، ولم يخفه المقاول غشاً عن رب العمل ، ففى هذا الفرض يبقى المقاول ضامناً للعيب المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الحرفة ، لأن العرف فى عقد المقاولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تتقادم بها دعوى الضمان(٤) . وقد يستخلص من سكوت رب

---

(١) وذلك إذا كان هذا ممكناً (دافيد فى رسالته عقد الاستصناع ص ١٣٤ – محمد لبيب شنب- فقرة ١٠١ ص ١١٦) . وإذا كان التنفيذ العينى أى إصلاح العيب مرهقاً للمقاول ، جاز الاقتصار على طلب التعويض طبقاً لأحكام المادة ٢/٢٠٣ (محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦) .

(٢) ولا يلتزم القاضى بإجابة رب العمل إلى الفسخ ، إذ قد يكون العيب ليس من الخطورة بحيث يبرر الفسخ ، فيكتفى القاضى بالحكم بالتعويض (محمد لبيب شنب فقرة ١٠١ ص ١١٦) .

(٣) جيوار ٢ فقرة ٧٩٤ – بودرى وثال ٢ فقرة ٣٩٤٧ – وقد يستخلص من سكوت رب العمل ، ولو قبل انقضاء مدة التقادم ، مع علمه بالعيب ، أنه نزل بذلك نزولا ضمنياً عن دعوى الضمان (جيوار ٢ فقرة ٧٩٤ – بودرى وثال ٢ فقرة ٣٩٤٧) .

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ – مازو ٣ فقرة ١٣٧٢ ص ١١٣٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١١٥ – فقرة ١١٧ – نقض فرنسى ١٥ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى پاليه ١٩٤٢ – ٢ – ٢٠ – ٤ يناير سنة ١٩٥٨ داللوز ١٩٥٨ – ٤٥٧ – وقارن جيوار ٢ فقرة ٧٩٣ ص ٣٦٠ – ص ٣٦١ – بودرى وثال ٢ فقرة ٣٩٤٦ ص ١١٠٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٧ – دى پاج ٤ فقرة ٨٩٢ ص ٩١٩ – دلفو فقرة ٢٠٢ ص١٦٨ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٤ – جوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ – نقض فرنسى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ – ٢٨ .

وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٠٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ – على رب العمل ، فى المقاولات الصغيرة ، أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به فى هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع ، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق فى خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل . ٢ – أما فى المقاولات الكبيرة ، فإن دعاوى المسئولية الخاصة التى تستند إلى المواد =

العمل بعد كشفه العيب أنه قد نزل نزولا ضمنياً عن دعوى الرجوع بالضمان على المقاول(١) .

= من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ودعاوى المسئولية الأخرى التي تستند إلى القانون العام في العيوب غير المشار إليها في هذه المواد ، يجب رفعها في خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب » . وقد حذفت في لجنة المراجعة الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسئولية عن العيوب التي تستند إلى القانون العام في الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والصغيرة أولا ، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التي تستند إلى القانون العام ثانيا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٠ – ص ٣١) – هذا وتنص المادة ٨٧٥ مدني عراقي في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ – متى تم تسلم العمل فعلا أو حكماً ارتفعت مسئولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق . ٢ – أما إذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت التسليم بل كشفها بعد ذلك ، وجب عليه أن يخبر المقاول بها بمجرد كشفها وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل » : انظر أيضاً نفس النص واردا في المادة ٨٧٤ من المشروع التمهيدي في مشروع تنقيح القانون المدني – مذكرة إيضاحية – ٣ العقود المسماة ص ٤٤٥ – ص ٤٤٦ ، وقد سقط هذا النص من مجموعة الأعمال التحضيرية .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتزام بضمان المقاول للعيب الخفي لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، ولكن يشترط أن يكون العيب قديماً أي أن يكون موجوداً قبل تسلم رب العمل للشيء ، وهذا بخلاف في ضمان المهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء فإن هذه العيوب لا يشترط فيها القدم ، بل يضمنها المهندس والمقاول حتى لو طرأت بعد تسليم البناء في خلال عشر سنوات كما سيأتي (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٣) .

(١) بودري وڤال ٢ فقرة ٣٩٤٩ مكررة .

وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني عدة نصوص في ضمان المقاول لعيب الصنعة ، وهذه هي :

م ٦٦٤ : يجب على الصانع في جميع الأحوال أن يضمن العيوب والنقائص التي تنجم عن عمله . وتطبق على هذا الضمان أحكام المواد ٤٤٢ و٤٤٦ و٤٤٩ .

م ٦٦٥ : يجوز لصاحب الأمر في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة أن يرفض المصنوع ، وإذا كان قد سلم إليه فيمكنه أن يرده في الأسبوع الذي يلي التسليم وأن يحدد للصانع مهلة كافية لإصلاح العيب أو لسد نقصان بعض الصفات إن كان هذا الإصلاح مستطاعاً . وإذا مضت المهلة ولم يقم الصانع بواجبه ، كان لصاحب الأمر أن يختار أحد الأمور الآتية : ١ – أن يصلح المصنوع على يد شخص آخر وعلى حساب الصانع إذا كان الإصلاح لا يزال ممكناً . ٢ – أن يطلب تخفيض الأجرة . ٣ – أو أن يطالب بفسخ العقد ويترك الشيء لحساب من صنعه – ذلك كله مع الاحتفاظ بما يجب أداؤه عند الاقتضاء من بدل العطل والضرر – وإذا كان صاحب الأمر هو قدم المواد ، حق له أن يسترجع قيمتها – إن أحكام المواد ٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥ تطبق على الأحوال المنصوص عليها تحت الرقمين ٢ و٣ المتقدمين .

م ٦٦٦ : إذا استلم صاحب الأمر مصنوعاً يشتمل على عيب أو تعوزه إحدى الصفات المطلوبة ، وكان مع ذلك عالماً بما فيه من العيوب ولم يرده أو لم يحتفظ بحقوقه طبقاً لأحكام المادة =

والأحكام المتقدمة الذكر ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول ، فلا تتقادم دعوى الضمان مثلا ولو كان العيب واضحاً إلا بمضى ثلاث سنوات أو خمس . أو يجوز أن يتحفظ رب العمل عند تسلمه الشيء أو تقبله العمل ، ويقرر أن ذلك لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول إذا ظهر فى العمل عيب ولو كان هذا العيب واضحاً[1] . كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان أو الإعفاء منه ، فيشترط المقاول عدم ضمانه للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله العمل ولو كان العيب خفياً ، ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو إلى خطأ منه جسيم . وهذا بخلاف أحكام الضمان الواجب على المهندس المعمارى والمقاول بالنسبة إلى عيوب البناء ، فإن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها كما سيأتى[2] . وقد كانت المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى تنص صراحة فى هذا المعنى على ما يأتى : « ١ — فى المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن العيب ، أو أن يحد من مسئوليته عن ذلك ، ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر . ٢ — أما فى المقاولات الكبيرة ،

= السابقة ، فيصح عندئذ تطبيق المادة ٤٦٣ فيما يختص بالمهلة التى يجوز له فيها تقديم الاعتراض إذا لم يثبت أنه كان عالماً بتلك العيوب .

م ٦٦٧ : ينتفى الضمان المنصوص فى المادة ٦٦٣ وما يليها إلى المادة ٦٦٥ إذا كان سبب العيب تنفيذ تعليمات صريحة من صاحب الأمر خلافاً لرأى المقاول أو الصانع .

(١) وفى هذه الحالة يكون لرب العمل الرجوع بضمان العيب فى المدة التى يتفق مع المقاول عليها ، وإذا لم يكن هناك اتفاق ففى مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف الحرفة . والأولى أن يحتاط رب العمل وهو يتحفظ ، فيتفق مع المقاول على مدة معينة يستطيع فى خلالها الرجوع عليه بضمان العيب . ولا يوجد ما يمنع ، كما قدمنا ، من أن يتفق رب العمل مع المقاول مقدماً ، فى عقد المقاولة ذاته ، على مدة معينة يستطيع رب العمل فيها الرجوع بضمان العيب بعد تسلمه الشيء أو تقبله العمل (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٨) . ولرب العمل فوق ذلك ، حتى لو لم يتفق مع المقاول على مدة معينة ولم يتحفظ ، أن يطلب مراجعة الحساب الذى قدمه المقاول لوقوع خطأ فيه أو غش (باريس ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت دى تريبينو ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٨ مكررة ص ١٦٨) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٧٥ .

فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان » . وقد حذفت الفقرة الأولى وعبارة « أما فى المقاولات الكبيرة » الواردة فى صدر الفقرة الثانية فى لجنة المراجعة « لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة » ، وعدلت الفقرة الثانية بحيث أصبحت مقصورة على ضمان المهندس المعمارى والمقاول ، وجعل أحكام هذا الضمان وحده من النظام العام)[1] .

المطلب الثانى

ضمان المهندس المعمارى والمقاول لعيوب البناء[*]

٦٠ — *نص قانونى* : تنص المادة ٦٥١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات » .

« ٢ — ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته » .

« ٣ — وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل » .

« ٤ — ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن »[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨ — ٣٠ .

(*) انظر فى هذا الضمان — عدا المراجع العامة — الرسائل والدراسات الآتية : **Fraissaingea** رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ — **Lablond** رسالة من ليل سنة ١٨٩٣ — **Gallie** رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — **Gallot** رسالة من رن سنة ١٩١٠ — **Frank** رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — **Eptimiu** رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — **Corberand** رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — **Penanrum** فى المهندسين المعماريين وعلاقاتهم برب العمل وبالمقاول وبالغير باريس سنة ١٨٩٢ — **Robert et René Lecourt** فى مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين سنة ١٩٣٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المواد ٨٩٥ و٨٩٦ و٣/٨٩٧ من المشروع —

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٠٩/٥٠٠[1] .

= التمهيدى على الوجه الآتى : م ٨٩٥ – ١ – يضمن المهندسون المعماريون والمقاولون مايحدث فى خلال عشر سنوات من تهدم فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، سواء لحق الهدم كل الأعمال أو بعضها ، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها ، أوكان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن قد أجاز منشآت أراد المتعاقدان أن تبقى مدة أقل من عشر سنين . ٢ – وتبدأ مدة العشر السنين من وقت تمام العمل وتسلمه . ٣ – ولاتسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق فى الرجوع على المقاولين من الباطن – م ٨٩٦ – ١ – يشمل الضمان المنصوص عليه فى المادة السابقة مايوجد فى المبانى والمنشآت الكبيرة التى فى حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . ٢ – أما ما هو دون ذلك من عيوب ، كعدم الملاءمة فى ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه من جمال فنى ، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسئولية تعاقدية أو تقصيرية – م ٣/٨٩٧ – إذا كان كل من المهندس المعمارى والمقاول مسئولا عما وقع فى العمل من عيب، كانا متضامنين فى المسئولية . وفى لجنة المراجعة نقلت المادة ٣/٨٩٧ إلى الفقرة الأولى من المادة ٨٩٥ حيث نص على التضامن ، وأضيفت الفقرة الأولى من المادة ٨٩٦ إلى المادة ٨٩٥ لتكون فقرة جديدة فيها ، وحذفت الفقرة الثانية من المادة ٨٩٦ اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فأصبح النص بذلك متفقاً مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٧٩ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أيكون المهندس مسئولا عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن ، أما إذا استحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولا عنه . ثم استفسر عما إذا كانت هذه المسئولية الاستثنائية تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، فأجيب بأن الفقرة الأخيرة من النص صريحة فى أن هذه المسئولية الاستثنائية قد استحدثت لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره فى مستوى المهندس من الناحية الفنية ، أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما . وأقرت اللجنة النص ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٨ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أبقيت المادة على أصلها مع تعديلات لفظية أصبحت معها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد مع التفسير التالى : تواجه الفقرة الأولى حالة وقوع التهدم الكلى أو الجزئى خلال عشر سنوات وهى تطابق فى حكمها حكم القانون الحالى (السابق) . أما الفقرة الثانية فتأتى بحكم جديد ، فلا تبنى المسئولية على التهدم الواقع بالفعل خلال عشر سنوات ، بل تضع أساس المسئولية على وجود عيب فى البناء يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته مادام هذا العيب يظهر فى خلال عشر سنوات ولو لم يقع تهدم بالفعل فى ظرف هذه المدة . وأصبح رقم المادة ٦٥١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩ – ص ٢٤) .

(١) التقنين المدنى القديم م ٤٠٩/٥٠٠ : المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ولو كان ناشئاً عن عيب فى الأرض أوكان المالك أذن فى إنشاء أبنية معيبة ، بشرط ألا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيرة معداً فى قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنوات .

=

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى ٦١٧ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٥٠ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٧٠ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٦٨[1] .

والنص كما نرى يعرض لضمان المهندس المعمارى والمقاول التهدم أو العيوب التى تصيب ما أقاماه من مبان أو منشآت ثابتة أخرى . ونظراً لخطورة تهدم المبانى أو تصدعها بالنسبة إلى رب العمل وبالنسبة إلى الغير ، شدد المشرع من هذا الضمان حتى يدفع المهندس والمقاول إلى بذل كل عناية ممكنة فيما يشيدانه من المنشآت[2] . فالضمان هنا ضمان خاص مقصور على دائرة معينة . وهذه

= (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، إلا أن التقنين المدنى الجديد يجعل الضمان شاملا التهدم والعيوب معاً كما هو شامل للمبانى وللمنشآت الثابتة الأخرى) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٧٠ (موافق — فيما عدا أن التقنين العراقى يقصر الضمان على التهدم الكلى أو الجزئى دون أن يذكر العيب ، وذلك إذا وقع التهدم خلال خمس سنوات ، لا خلال عشر سنوات كما هو الأمر فى التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٦٨ : إن المهندس أو مهندس البناء أو المقاول الذين يستخدمهم صاحب الأمر مباشرة يكونون مسئولين فى مدة السنوات الخمس التى تلى إتمام البناء أو المنشأ الآخر الذى أداروا أعماله أو قاموا بها إذا تهدم ذلك البناء كله أو بعضه أو تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص فى اللوازم أو عيب فى البناء أو فى الأرض . . وتبتدئ مهلة السنوات الخمس المتقدم ذكرها من يوم استلام العمل .. (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن الضمان فى التقنين اللبنانى مقصور على تهدم البناء أو تداعيه للسقوط ولا يشمل العيب ، وأن مدة الضمان فى هذا التقنين خمس سنوات ، لا عشر سنوات كما هو الأمر فى التقنين المصرى) .

(٢) وبخاصة أنه يغلب أن يكون رب العمل رجلا غير فنى وغير خبير بصناعة البناء ولا بهندسة المعمار ، فأراد المشرع حمايته من المتعاقد معه وهو رجل فنى خبير ، مهندساً كان أو مقاولا . ومن هنا كانت أحكام الضمان التى تؤكد هذه الحماية معتبرة من النظام العام كما سنرى (كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٠٩٥ — بيزوس ص ٦٥ — محمد لبيب شنب فقرة ١٠٤ ص ١٢١) . هذا إلى المبانى والمنشآت الثابتة لا تظهر فى العادة عيوبها إلا بعد مدة قد تطول ، وقد قدرت المدة بعشر سنوات جرياً على تقاليد القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٥) .

الدائرة تتحدد بتحديد طرفي الضمان وسببه . فإذا ما تحقق سبب الضمان وقام بين طرفيه ، وجب أن نبين جزاء هذا الضمان ، وأن نبين في الوقت ذاته الظروف التي ينتفي أو لا ينتفي فيها الضمان .

فهذه مسائل أربع نبحثها متعاقبة : (١) طرفا الضمان . (٢) سبب الضمان . (٣) جزاء الضمان . (٤) انتفاء الضمان .

§ ١ – طرفا الضمان

٦١ – طرفا الضمان هما طرفا عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة : حتى يمكن أن يتحقق الضمان ، يجب أن يكون هناك عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة .

فيجب إذن أن تقع المقاولة على منشآت ثابتة . وعلى رأس المنشآت الثابتة المباني من أي نوع كان . فالمنازل والفيلات والعمارات والمدارس والمستشفيات والمستوصفات والمصحات والمسارح ودور السينما والمصانع والمتاجر والمخازن والمساجد والكنائس والمعابد ، كل هذه مبان يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان . ولا يشترط أن يكون المبنى قد شيد بالطوب أو بالحجارة ، بل يجوز أن يكون مشيداً بالخشب أو بالحصير كما هو الأمر في «كباين» الاستحمام التي تشيد بالخشب وفي «عشش» رأس البر التي تشيد بالحصير ، والمهم أن يكون البناء مستقرا ثابتا في مكانه ، لا يمكن نقله دون هدمه[1] . فالأكشاك والمنازل القابلة للفك والأكيب والتي يمكن نقلها من مكان إلى آخر بسهولة لا تعتبر مبنى[2] . وإلى جانب المباني توجد منشآت ثابتة أخرى يجوز أن يتحقق في مقاولاتها الضمان . من ذلك الجسور (الكباري) والقناطر والسدود

---

(١) ومع ذلك فالمصعد ، وهو يرتفع ويهبط ، يعتبر في حكم الثابت في مكانه لأنه لا يتعدى دائرة محدودة في تحركه ، ومن ثم يعد من المنشآت الثابتة . ولكن العقار بالتخصيص لا يعتبر من المنشآت الثابتة إذ هو في طبيعته منقول غير ثابت ، فيكون ضمانه وفقا للقواعد العامة (بودري وثال ٢ فقرة ٣٩٤٩) .

(٢) دلفو فقرة ٢٠٤ ص ١٧٠ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص ١٢٥ هامش ٢ – ولا تدخل أعمال البياض والدهان ولا أعمال الزخرفة (décor) ، لأن هذه الأعمال ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٤) . وتدخل الترميمات اللازمة للأجزاء الرئيسية للمباني ، وهي الأجزاء التي تعتمد عليها سلامة المباني ومتانتها (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص ١٢٦) .

والخزانات والبوابات والأنفاق والمقابر والسكك الحديدية و « المزلقانات » وأجهزة التكييف المركزية والمداخن . واختلف فى حفر الآبار وشق الترع والمصارف والقنوات ورصف الطرق ، فرأى يذهب إلى أن هذه الأعمال لا تعتبر من قبيل تشييد المبانى والمنشآت الثابتة(١) ، ونذهب مع رأى آخر إلى أن هذه الأعمال وإن كانت ليست بمبان إلا أنه يمكن اعتبارها منشآت ثابتة ولا يتحتم فى المنشآت أن تكون فوق الأرض بل يصح أن تكون تحت الأرض أو فى مستواها(٢) . ويخرج بداهة المنقول كالسيارات والسفن والعوامات والدهبيات ، فهذه لا تعتبر منشآت ثابتة لأنها ليست عقاراً .

ويجب أن يكون العقد الواقع على المنشآت الثابتة هو عقد مقاولة . فإذا كان بغير أجر ، لم يكن عقد مقاولة بل هو عقد غير مسمى ولا يترتب عليه الضمان ، وإنما تسرى فى شأنه القواعد العامة ، ويكون من قام بالعمل مسئولا المسئولية التى تقضى بها هذه القواعد(٣) . وإذا كان بأجر ولكن من يقوم بالعمل يخضع لإشراف رب العمل وتوجيهه ، فليس العقد مقاولة بل هو عقد عمل ، ولا يترتب عليه ضمان عقد المقاولة بل التزامات العامل فى عقد العمل(٤) . فإذا كان العقد مقاولة ترتب الضمان ، ويستوى فى ذلك أن يكون الأجر مقدراً جزافاً أو مقدراً بسعر الوحدة(٥) ، أو أن يكون الأجر مقدراً بحسب أهمية

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢١ — محمد لبيب شنب فقرة ١٠٧ ص ١٢٦ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٦ ص ٤٩٩ — توفيق فرج مذكرات ص ٣٥ — وانظر فى ضمان رصف ساحة التزحلق (piste de patinage) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧١ .

(٣) ولما كان العقد هنا من عقود التبرع ، فإن من قام بالعمل لا يكون مسئولا إلا عن الغش والخطأ الجسيم (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٠ — الجزائر ٢٥ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٣ — ٢ — ١٠ — قارن محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٢ — ص ١٢٣ . وانظر عكس ذلك دلفو فقرة ٢٣٢ ص ١٩٤) .

(٤) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٢١٢ ص ٥٦٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ — ص ١٩٦ — محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣ .

(٥) أما القانون الفرنسى فيميز بين ما إذا كان الأجر مقدراً جزافاً (م ١٧٩٢ مدنى فرنسى) وعند ذلك يجوز أن يتحقق الضمان ، وأما إذا كان مقدراً بسعر الوحدة فلا تترتب على المقاولة هذا الضمان الخاص بل تسرى القواعد العامة فى الضمان . والسبب فى هذا التمييز يرجع إلى أن =

العمل أو كان أجراً ثابتاً يعطى للمهندس أو المقاول طول مدة العمل(١) .

٦٢ — **المدين بالضمان** : والذى يترتب فى ذمته الضمان هو المهندس المعمارى والمقاول فى عقد المقاولة الذى سبق أن حددناه . فالمهندس المعمارى (architecte) هو الذى يعهد إليه فى وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت ، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعه حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه(٢) . ولايشترط فى المهندس المعمارى أن يكون حاملا مؤهلا فنياً فى هندسة المعمار ، فمادام الشخص يقوم بمهمة المهندس المعمارى فهو ملتزم بالضمان . وعلى ذلك يكون ملتزماً بالضمان أى مهندس ، ولو كان مهندساً ميكانيكياً أوكهربائياً ، إذا كان يقوم بمهمة المهندس المعمارى . بل إن المقاول الذى لا يحمل أى مؤهل أو أى شخص آخر غير مؤهل ، إذا وضع التصميم ، فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعمارى ، ومن ثم يكون ملتزماً بالضمان (٣) . وإذا تعدد المهندسون المعماريون ،

= المشرع الفرنسى قدر أن الأجر إذا قدر جزافاً فإن هذا يكون مدعاة للمقاول أو للمهندس إلى الحرص والتقتير حتى يخرج بأكبر مكسب ممكن ولو على حساب جودة العمل فيكون احتمال وجود العيب أكبر ، ومن ثم أوجب هذا الضمان الخاص الذى تشدد فيه عما تقضى به القواعد العامة (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٧ هامش ٢٠ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٠٤ — كولان وكابيتان ودى لاموارانديير ٢ فقرة ١٠٩٩) .

هذا ويشتمل التقنين المدنى الفرنسى ، إلى جانب المادة ١٧٩٢ ، على المادة ٢٢٧٠ . والنصان يعرضان لمسألة واحدة ، هى ضمان المقاول والمهندس لعيوب البناء مدة عشر سنوات من وقت تسلم العمل . غير أن هناك فروقاً واضحة بين النصين . فالنص الأول يقتصر على المقاولة التى يكون الأجر فيها مقدراً جزافاً ويكون محل المقاولة بناء تهدم ، أما النص الآخر فلا يميز بين الأجر الجزاف والأجر بسعر الوحدة ولا يقتصر على بناء تهدم بل يمتد إلى الأعمال الكبيرة gros ouvrages ويوجب الضمان لا للتهدم وحده بل أيضاً لمجرد عيب فى الصنعة (انظر فى هذه الفروق كولان وكابيتان ودى لاموارانديير ٢ فقرة ١٠٩٦ وفقرة ١١٠٠ وفقرة ١١٠٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٠٧ — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٧٦ وما بعدها) .

(١) دلفو فقرة ٢٣١ ص ١٩٤ — محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣ .

(٢) انظر فى واجبات المهندس المعمارى فى فرنسا أنسكلوبيدى داللوز ١ لفظ Architecte فقرة ٤٥ — فقرة ٦١ .

(٣) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٢٣ ص ١٠٩٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة =

كان كل منهم ملتزماً بالضمان فى حدود العمل الذى قام به .

والمقاول هو الذى يعهد إليه فى إقامة المنشآت الثابتة . ويستوى أن تكون المواد التى أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل ، ففى الحالتين يلتزم بالضمان . كذلك ليس من الضرورى أن يكون مقاول واحد هو الذى أقام المنشآت ، بل يجوز أن يعهد رب العمل إلى عدة مقاولين بالعمل ، فيعهد إلى مقاول بوضع الأساس وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وحيطان وغير ذلك ، وإلى مقاول ثان بأعمال النجارة ، وإلى ثالث بأعمال الحدادة ، وإلى رابع بالأعمال الصحية ، وإلى خامس بأعمال الدهان والبياض ، وهكذا . فكل من هؤلاء يعتبر مقاولا فى حدود الأعمال التى يقوم بها ، ويكون ملتزماً بالضمان فى هذه الحدود[1] . وقد يستخدم المقاول مساعدين يعاونونه فيما يقوم به من أعمال ، فيكون مسئولا عن أعمالهم ، ويلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو الذى قام بها ، حتى لو كان هؤلاء المساعدون لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم فى مسئولية المتبوع عن التابع كما لو كانوا مقاولين من الباطن[2] .

٦٣ — الدائن بالضمان : والذى يطالب بالضمان فى عقد المقاولة الذى

= ٩٥٢ص١٩٥ —دلڤوفقرة ٢٣٤ ص ١٩٥ —أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٢٢ — مجلس الدولة الفرنسي ٥ يونيه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ٣ — ٩٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ — ٣ — ٦ — وقد كان المقاول فى القديم هو الذى يضع عادة التصميم وينفذه فى الوقت ذاته ، فكان يقوم بمهمتى المقاول والمهندس المعمارى معاً ، ويتبين ذلك فى لغة التقنين المدنى الفرنسى فهو عندما يستعمل لفظ المقاول ولفظ المهندس المعمارى يقصد شخصاً واحداً هو المقاول الذى يقوم بعمل التصميم وينفذه (Minvielle فى مهنة المهندس المعمارى فقرة ٧٠ وما بعدها — كولان وكاپيتان ودى لاموانديير ٢ فقرة ١١٠٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ Architecte فقرة ١ و ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٥) .

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٨١٩ ص ١٠٩٤ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ — ص ٤١٤ — أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٢٤ — محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٤ — وحتى العامل البسيط إذا اشتغل فى البناء لحسابه مستقلا عن رب العمل ، فإنه يعتبر مقاولا ، ويجب فى ذمته الضمان (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩١٩ ص ١٠٩٥ وفقرة ٣٩٣٣ — بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٢٥ — ومع ذلك انظر جيوار ٢ فقرة ٨٦٣ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٤ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ .

حددناه هو رب العمل فى هذا العقد . فهو الذى يصاب بالضرر من جراء تهدم البناء أو من جراء ظهور عيب فى المنشآت يهدد سلامتها أو متانتها ، فيرجع بالضمان على المهندس المعمارى أو على المقاول أو عليهما معاً متضامنين كما سنرى .

وإذا مات رب العمل ، حل محله فى المطالبة بالضمان ورثته . كذلك يجوز لدائنيه أن يرفعوا الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بالضمان . وكما يجوز أن يكون دائناً بالضمان الخلف العام والدائنون ، كذلك يجوز أن يكون دائناً بالضمان الخلف الخاص . فإذا باع رب العمل المبنى أو وهبه ، ثم تهدم كلياً أو جزئياً أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته أو متانته ، جاز للمشترى أو للموهوب له أن يرجع بالضمان على المهندس أو المقاول . ذلك أن الحق فى الرجوع بالضمان قد انتقل مع المبنى إلى الخلف الخاص طبقاً لنظرية الاستخلاف فى الحقوق والالتزامات . ويجوز للمشترى أن يرجع على بائعه بضمان العيب ، وفى هذه الحالة يكون للبائع – وهو رب العمل – أن يرجع بدوره على المهندس أو المقاول بالضمان ، وله أن يدخلهما ضامنين فى دعوى العيب التى يرفعها عليه المشترى[1] .

ولكن رب العمل لا يكون دائناً بالضمان إذا كان مقاولا أصلياً تعاقد مع مقاول من الباطن . فإذا تعاقد المقاول مع مقاول من الباطن على الأعمال الصحية أو على أعمال النجارة مثلا ، وتسلم هذه الأعمال من المقاول من الباطن ، لم يكن هذا الأخير ملتزماً بالضمان نحو المقاول الأصلى أو نحو رب العمل فى هذه الحالة إلا بمقدار ما تقضى به القواعد العامة . ومن ثم ينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلى الأعمال التى قام بها مع تمكنه من فحصها والكشف عما بها من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك ، لم يكن المقاول من الباطن مسئولا إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف

---

(١) ويرجع الخلف الخاص على المهندس أو المقاول بالضمان حتى لو لم يكن له حق الرجوع بالضمان على السلف ، كما لو كان موهوباً له وليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب ، فإنه يرجع بالرغم من ذلك بالضمان على المهندس أو المقاول ، لأن دعوى الضمان قد انتقلت إلى الموهوب له مع الموهوب بعقد الهبة (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٥ وفقرة ٣٩٥٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦١ – دى پاج ٤ فقرة ٩٠٢ ص ٩٣١ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٤ ص ٥٠٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٦ ص ١٢٤) .

الحرفة ، فلا يكون ملتزماً بالضمان إذا ظهر عيب خلال عشر سنوات . والسبب فى ذلك أن الضمان الخاص الذى نحن بصدده ، وهو ضمان مشدد ، قد اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس . فرب العمل يكون عادة رجلا غير فنى وغير خبير ، فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس وهما من رجال الفن والخبرة . وليس هذا هو مركز المقاول الأصلى من المقاول من الباطن ، فكلاهما من أهل الفن والخبرة ولا يوجد مقتض لحماية خاصة مشددة تمنح للمقاول الأصلى ضد المقاول من الباطن ، ويكفى فى حماية حقوق المقاول الأصلى الرجوع إلى القواعد العامة ففيها الغناء[1]. وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدنى صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا : « ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن »[2] .

---

(١) وقد قيل فى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ما يأتى : « أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان ، فليس هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣ – انظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش) – ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص فى هذا المعنى ، ولكن القضاء يجرى على هذا المبدأ (نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ – ١ – ٥٠٢ – نانسى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ٢ – ٣٥٧ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٦ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٢٦ – عكس ذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٥) .

(٢) كذلك لا يلتزم المقاول من الباطن بالضمان نحو رب العمل إذ لا توجد علاقة عقدية بينهما (مازو ٣ فقرة ١٣٦٦ ص ١١٢٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣ – عكس ذلك بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩١٨) . والذى يلتزم بالضمان الخاص المشدد نحو رب العمل هو المقاول الأصلى ، فيكون ضامناً عمل المقاول من الباطن ، وقد رأينا أن المقاول يلتزم بضمان أعمال مساعديه ولو لم يعتبروا من أتباعه كما هو الأمر بالنسبة إلى المقاول من الباطن (انظر آنفاً فقرة ٦٢) . ويرجع رب العمل على المقاول الأصلى بالضمان المشدد ، حتى لو كان هذا قد نزل عن المقاولة لآخر مادام رب العمل لم يقبل هذا النزول ولم يبرئ ذمة المقاول الأصلى (دلڤو فقرة ٢٣٦ ص ١٩٧ – مازو ٣ فقرة ١٣٦٦ ص ١٣٢٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٥ ص ١٢٣) . وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالضمان ، فإن المقاول الأصلى ، إذا تسلم العمل من المقاول من الباطن ولم يعترض فغطى بذلك مسئوليته ، لا رجوع له على المقاول من الباطن بسبب رجوع رب العمل عليه (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤) .

§ ٢ — سبب الضمان

٦٤ — **متى يتحقق الضمان** : يتحقق الضمان إذا قام سببه . وسبب الضمان إما أن يرجع إلى البناء ، وإما أن يرجع إلى التصميم ، ويجب فى جميع الأحوال أن يقوم خلال عشر سنوات من وقت تسلم العمل . فنبحث إذن هذه المسائل الثلاث .

٦٥ — **سبب الضمان يرجع إلى البناء** : تقول المادة ٦٥١ مدنى كما رأينا إن الضمان يشمل ما يحدث فى المنشآت من تهدم كلى أو جزئى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب فى الأرض ذاتها ، كما يشمل مايوجد فى المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

فإذا تهدم البناء كله أو جزء منه ، ولم يكن ذلك راجعاً إلى قوة قاهرة كما سنرى ، فالمفروض أن تهدم البناء يرجع إلى عيب فى الصنعة أو فى التصميم أو فى الأرض ، ويكون المقاول — ومعه المهندس المعمارى عند الاقتضاء — ملتزماً بالضمان .

وليس من الضرورى أن يتهدم البناء كله أو بعضه ، بل يكفى أن يظهر فيه عيب يترتب عليه الضمان[1] ، والعيب إما أن يكون فى المواد التى استعملت فى البناء[2] ، كأن تكون غير صالحة ، أو تكون مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها ، أو تكون من نوع ردىء لاتسمح به أصول الصنعة[3] . وإما أن يكون العيب فى الصنعة نفسها ، كأن يكون الأساس غير متين أو غير كاف لإقامة البناء عليه ، أو تكون الحيطان أو الأسقف أو الأرضيات ليست فى السمك الواجب أو وقع فى تشييدها خلل[4] . وإما أن يكون العيب فى الأرض التى قام

---

(١) استئناف مختلط ٤ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨ .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٣٠ ص ١١٠٠ .

(٣) وذلك كاستعمال خشب من نوع ردىء فى أرضية البناء (دلفو فقرة ٢٠٩ ص ١٧٦ — محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٨) .

(٤) وقد يكون العيب هو عدم مراعاة الاحتياطات الواجبة عند البناء للوقاية من الحريق (نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٩١٤ سيريه الموجز ١٩١٤ — ١ — ٩٢ — بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤) ، أو عدم مراعاة أصول الصنعة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨٨) .

عليها البناء ، كأن تكون الأرض هشة أو فيها مستنقعات ولم تتخذ الإجراءات التي تمليها أصول صناعة البناء من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبة(١) . وسواء كان العيب فى المواد أو فى أصول الصناعة أو فى الأرض ، فإنه يجب أن يتوافر فيه شرطان : (الشرط الأول) أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته . فإذا كان العيب مثلاً فى الدهان أو فى البياض أو فى البلاط أو فى الأبواب أو فى النوافذ أو فى الزجاج أو فى غير ذلك من أجزاء البناء بحيث لا يكون من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو متانته ، فإنه لا يوجب الضمان ، وتسرى فى شأنه القواعد العامة فتنتفى المسئولية بتسلم العمل إلا إذا كان خفياً فيكون الضمان لمدة قصيرة يحددها عرف

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤ – ويجب أن يكون العيب فى الأرض بحيث يمكن كشفه بالفحص الفنى الدقيق . فإذا كان لا يمكن كشفه حتى بعد الفحص الفنى الدقيق ، فإنه لا يترتب عليه الضمان ، ويكون فى حكم القوة القاهرة . وقد استفسر فى اللجنة التشريعية لمجلس النواب « عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن أيكون المهندس مسئولا عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه وفقاً لقواعد الفن ، أما إذا استحال كشف العيب وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة ، ولا يكون المهندس مسئولا عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣ – وانظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش) – وانظر بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٧ – Fraissingee فقرة ٧٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤ – فإذا وجد تحت الأرض أطلال أثرية فى منطقة لا يعرف أن بها آثاراً ، ولم يكن المهندس أو المقاول يستطيع أن يعلم ذلك ، فإن هذا العيب فى الأرض يعتبر بمثابة قوة قاهرة (محمد لبيب شنب فقرة ١١٣ ص ١٣٦ – ص ١٣٧) . وإذا كانت الأعمال التى يقوم بها المقاول لا تستدعى فحص الأرض للكشف عن عيوبها ، كما فى أعمال الزخرفة ، فإن المقاول لا يكون مسئولا عن عيب فى الأرض أو فى البناء الذى يقوم بزخرفته (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ : وقد قدمنا أن أعمال الزخرفة لا يتحقق فى مقاولاتها الضمان الخاص المشدد لأنها ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء أو متانته انظر آنفاً فقرة ٦١ فى الهامش) . وإذا كانت حقيقة الأرض معروفة ، كما هو الأمر فى بناء رصيف على جانب ضفة النيل ، فإن المقاول يكون مسئولا إذا هو لم يجر الاختبارات اللازمة فى مثل هذه الحالة للبناء على أساس صلب (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١١١ – ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣) .

ويستوى أن يكون رب العمل هو الذى قدم الأرض كما هو الغالب ، أو قدمها المقاول . ولا يقال فى هذه الحالة الأخيرة إن العقد بيع محض كما ذهب بعض الفقهاء (ترولون ٢ فقرة ١٠١٥) ، بل لا يزال العقد ينطوى على عنصر المقاولة ، فيقوم ضمان المقاولة لا ضمان البيع (ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٥٤ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦) .

الصناعة(١) . (والشرط الثانى) أن يكون العيب خفياً . فإذا كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد ، فإن تسلم رب العمل للعمل دون اعتراض يعتبر نزولا منه عن الضمان (٢) ، بل إن تسلم العمل دون اعتراض يفرض أن العمل خال من العيوب الظاهرة ما لم يكن هناك غش(٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩ – لوران ٢٦ فقرة ٤٨ – هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٢٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٦ – عكس ذلك كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠١ – ويقطع فى ذلك أن المشروع التمهيدى كان صريحاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٦ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ – يشمل الضمان المنصوص عنه فى المادة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت الكبيرة التى فى حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . ٢ – أما ما هو دون ذلك من عيوب ، كعدم الملاءمة فى ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه من جمال فنى ، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسئولية تعاقدية أو تقصيرية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠ – وانظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش) .

(٢) بشرط أن يكون التسلم نهائياً ، أما التسلم المؤقت فلا يمنع رب العمل من الرجوع بالضمان (دلڤو فقرة ٢١٣ ص ١٧٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٨) .

(٣) نقض فرنسى دوائر مجتمعة ٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣ – ١ – ٥ – نقض فرنسى ٣٠ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٤٣٦ – ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ١ – ١٢٨ – هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٤ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٧ – عكس ذلك بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٢٧ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٧ وص ٤١١ – دى پاچ ٤ فقرة ٨٩٤ ص ٩٢٥ – مازو فى المسئولية ٢ فقرة ١٠٥٢ – دروس فى القانون المدنى ٣ فقرة ١٣٧٠ ص ١١٣١ .

وكالعيب الظاهر العيب المعلوم من رب العمل ، فإن هذا إذا تسلم العمل وهو عالم بالعيب لا يجوز له بعد ذلك أن يرجع بالضمان . وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العيب يجب أن يكون خفياً وغير معلوم من رب العمل ، وقد قضت المحكمة فى هذا المعنى بأن عقد استئجار الصانع لعمل معين ، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذى يعمل فيه ، يعتبر – بحسب الأصل – منتهياً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل بتسلم الشىء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه . لكن القانون المصرى ، على غرار القانون الفرنسى ، قد جعل المقاول والمهندس ضامنين عن الخلل الذى يلحق البناء فى مدة عشر سنوات ولو كان ناشئاً عن عيب فى الأرض أو عن إذن المالك فى إنشاء أبنية معيبة ، بشرط ألا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيرة معداً فى قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنين . . لذلك مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسلم المبانى ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها . ويجب لقبول دعوى الضمان هذه أن يكون العيب المدعى فى البناء خللا فى متانته ، وأن يكون خفياً بحيث لم يستطع صاحب البناء كشفه وقت التسليم ، أما ما كان ظاهراً معروفاً فلا يسأل عنه المقاول مادام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ =

ومتى تحقق سبب الضمان الذى يرجع إلى البناء على الوجه الذى قدمناه ، فإن المقاول الذى قام بالبناء يكون ملتزماً بالضمان . ويكون ملتزماً بالضمان أيضاً المهندس المعمارى إذا عهد إليه بالإشراف على التنفيذ وتوجيه العمل[1]، ويكون المقاول والمهندس المعمارى فى هذه الحالة متضامنين فى الالتزام بالضمان . والتضامن هنا بصريح النص ، فقد جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى كما رأينا : « يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ... » ،

= بحق له (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢ . وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦٥ ص ١٢٣٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٧ ص ٤٩٩) – وقارن دلقو فقرة ٢٠٧ ص ١٧٤ – جالى ص ٧٢ – ص ٧٣ – بيزوس ص ٧٥ (ويرى هؤلاء الفقهاء أنه لا يشترط أن يكون العيب خفياً مادام يهدد سلامة البناء أو متانته ، والتسلم لا يكفى لتغطية العيب الظاهر لأن أحكام الضمان من النظام العام فلا يجوز لرب العمل النزول عن حقه فى الضمان . وقد رد الأستاذ محمد لبيب شنب على هذا الاعتراض بحق بأن النزول ولو كان ضمنياً جائز بعد تحقق سبب الضمان ، والممنوع هو أن ينزل رب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه فى الرجوع : محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٨ هامش ١) .

ولا يشترط أن يكون العيب قديماً ، أى أن يكون موجوداً قبل التسليم . فسواء كان موجوداً قبل التسليم ، أو وجدت جرثومته قبل التسليم كتسوس الخشب ثم ظهور العيب ذاته بعد التسليم ، أو طرأ أصلا بعد التسليم ، فإن رب العمل يرجع بالضمان فى جميع هذه الأحوال . أما القواعد العامة فقد كانت تقضى بأن الضمان لا يكون إلا إذا كان العيب (أو جرثومته على الأقل) موجوداً قبل التسليم ، والعيب الطارئ بعد التسليم لا يوجب الضمان ويتحمل رب العمل تبعته (محمد لبيب شنب فقرة ١٠٨ ص ١٢٧) .

(٩) ويستخلص ذلك من مفهوم المخالفة للمادة ٦٥٢ مدنى ، وهى تقضى بأنه إذا اقتصر المهندس على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من التصميم ، ففهوم المخالفة يقضى بأن المهندس إذا كلف الرقابة على التنفيذ كان مسئولا أيضاً عن عيوبه . والقضاء الفرنسى فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ١ – ٣٦٧ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٣٥٢) . ويكون المهندس مسئولا ، سواء كان هو الذى اختار المقاول أو لم يختره ، مادام يشرف على التنفيذ (نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٣٥٢ – باريس ٢٣ يوليه سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ – ٤٦٦) . ويذهب الفقه فى فرنسا إلى وجوب قصر مسئولية المهندس على العيوب التى كان يستطيع كشفها بالإشراف الفنى المعتاد (بودرى وثال ٢ فقرة ٢ فقرة ٣٩٢٧ – Minvielle فقرة ٢٢٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٣ ص ١٩٨) ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت بمسئولية المهندس حتى لو كان المقاول قد عدل فى التصميم دون أن يكون فى استطاعة المهندس العلم بهذا التعديل (نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٣٥٢) . فلا محل إذن للتمييز بين عيب وعيب ، ويكون المهندس مسئولا عن كل عيوب التنفيذ .

وكان هذا النص أكثر وضوحاً فى المشروع التمهيدى إذ كانت المادة ٣/٨٩٧ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا كان كل من المهندس المعمارى والمقاول مسئولا عما وقع فى العمل من عيب ، كانا متضامنين فى المسئولية »(١) . وإذا رجع رب العمل على المقاول والمهندس معاً ، أو رجع على المهندس وحده ، كان للمهندس فى الحالتين أن يرجع على المقاول بما دفعه لرب العمل ، لأن الخطأ هو خطأ المقاول وقد أشرف المهندس عليه فصار مسئولا عنه .

٦٦ — سبب الضمان يرجع إلى التصميم — نص قانونى : تنص المادة ٦٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من التصميم »(٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠ — وانظر آنفاً فقرة ٦٠ فى الهامش — ولا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص على التضامن ، ولكن القضاء فى فرنسايحكم بالتضامن (نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٢ — ١ — ١٣ — ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ — ٦٨١ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ — ٢ — ٦١٣ — ٤ أبريل سنة ١٩٤٠ داللوز الأسبوعى ١٩٤٠ — ١١١ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤١ — ١ — ١) . وقد قاس القضاءالفرنسى التضامن هنا على التضامن الذى يقضى به فى المسئولية الجنائية ويمده إلى المسئولية المدنية التقصيرية . ولكن الفقه الفرنسى ينتقد القضاء ويرى أن التضامن لا يقوم إلا بنص والنص غير موجود ، ولا يمكن القياس على المسئولية التقصيرية فمسئولية المقاول والمهندس ليست مسئولية تقصيرية ، والأولى أن يقال إن المسئولية تقوم بينهما بالتضامم (in solidum) لا بالتضامن (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٣ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٢٦ مكرر ٦ — Minvielle فقرة ٢٨٢ Corberand فقرة ٩٦) . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحكامها بالتضامم بدلا من التضامن (نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ D.C. ١٩٤١ — ١٢٤ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ D.C. ١٩٤٢ — ٩٦ — ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجلة أحكام النقض الفرنسى ١٩٥٨ — ١ — ٣٤٢) ، ولم تقض لا بالتضامن ولا بالتضامم متى تحدد مدى مسئولية كل من المقاول والمهندس ، بل قضت على كل منهما بمقدار مدى مسئوليته (نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ١٧٥ — بيدان ١٢ فقرة ٢١٢) . انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٥ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم ، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من التصميم دون العيوب التى ترجع إلى طريقة التنفيذ . =

ونرى من ذلك أن سبب الضمان قد يرجع إلى عيب فى التصميم . والتصميم يضعه عادة مهندس معمارى ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يضعه شخص آخر غير مهندس ، وكثيراً ما يضعه المقاول نفسه(١) ، وقد يضعه رب العمل . فإذا وضعه رب العمل وكان معيباً كان هو الملوم ، ولا يرجع على أحد . أما إذا وضعه غيره ، المهندس أو المقاول أو شخص آخر غيرهما ، كان واضع التصميم هو المسئول عن عيوب التصميم ويجب عليه الضمان(٢) .

= ٢ – وإذا عمل المقاول بإشراف مهندس معمارى ، أو بإشراف رب العمل وقد جعل نفسه مكان المهندس المعمارى ، فلا يكون المقاول مسئولا إلا عن العيوب التى تقع فى التنفيذ دون العيوب التى تأتى من الغلط أو عدم التبصر فى وضع التصميم . ٣ – إذا كان كل من المهندس المعمارى والمقاول مسئولا عما وقع فى العمل من عيب ، كانا متضامنين فى المسئولية » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية ، ونقلت الفقرة الثالثة إلى مكان آخر ، وحذف من الفقرة الأولى العبارة الأخيرة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٨٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٧٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥ – ص ٢٧) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤١٠/٥٠١ : المهندس المعمارى الذى لم يؤمر بملاحظة البناء لا يكون مسئولا إلا عن عيوب رسمه . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٧١ (موافقة للمادة ٨٩٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٦٦٨ : وإذا كان مهندس البناء لم يدر الأعمال ، فلا يكون مسئولا إلا عن العيب الذى يظهر فى الرسم الهندسى الذى وضعه . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٣٤ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ – ويسأل المهندس عن عيوب التصميم ولو لم يكن هو واضعه إذا كان قد تبناه وقام بالإشراف على تنفيذه (جيوار ٢ فقرة ٨٥١ – هيك ١٠ فقرة ٤٢٦ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٨ – محمد لبيب شنب فقرة ١١٧ ص ١٤٠) – وإذا كان المقاول هو الذى وضع التصميم ، فإنه يكون مسئولا عن عيوبه وعن عيوب التنفيذ جميعاً ، ولكن مسئوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذى تسمح به المقدرة الفنية لشخص فى مستواه (كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١١٠٣) . وإذا تبنى التصميم وتحمل مسئوليته ، فإنه يكون مسئولا عما فيه من عيوب (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٦) .

وعيوب التصميم إما أن ترجع إلى خطأ فى أصول الهندسة المعمارية ، كأن يكون من وضع التصميم لا تتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة ، أولايبذل العناية الكافية فيجيء التصميم معيباً من الناحية الفنية . وإما أن ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحه ، كأن يوضع التصميم على أساس البناء على رقعة من الأرض أكبر مما تسمح به هذه النظم ، أوعلى أساس أن يكون البناء مرتفعاً أكثر مما يجب قانوناً ، أو على أبعاد تخالف القوانين واللوائح ، أو يخرج البناء عن خط التنظيم(١) .

وسواء رجع عيب التصميم إلى أصول الفن المعمارى أو إلى مخالفة القوانين واللوائح ، فإن واضع التصميم — ويكون غالباً هو المهندس المعمارى — يجب عليه الضمان ، سواء أشرف على التنفيذ أو لم يشرف. غير أنه إذا أشرف على التنفيذ ، يكون مسئولا عن عيوب التصميم وعن عيوب التنفيذ فى وقت معاً(٢) ، ويكون متضامناً مع المقاول فى حدود عيوب التنفيذ كما سبق القول ، ومستقلا وحده فى الضمان عن عيوب التصميم ولايكون المقاول مسئول معه(٣) . أما إذا لم يشرف على التنفيذ واقتصر على وضع التصميم ، فإنه —

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥١ ص ١٩٥ — وقد قضى بأن من واجبات المهندس المعمارى أن يلاحظ عند وضع الرسم أحكام القوانين المتعلقة بالجوار وقيود البناء وحقوق الارتفاق ، سواء ما كان منها مفروضاً بحكم القانون أو ناشئاً عن الاتفاق أو بسبب موقع الأرض الطبيعى ، وله فى سبيل ذلك أن يكلف المالك بتقديم مستندات ملكية الأرض المطلوب إقامة البناء عليها حتى يتأكد من ذلك كله ، فإذا امتنع المالك عن تقديمها إليه التزم المهندس بأن يحصل منه على إقرار بشأن حقوق الارتفاق أو القيود التى لم يحط بها علما (مصر الوطنية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٩٨ ص ٢٦٢) .

ويلاحظ أن مخالفة القوانين واللوائح قد لا ترجع إلى التصميم ذاته بل إلى أعمال التنفيذ ، وفى هذه الحالة يكون المقاول الذى قام بأعمال التنفيذ هو الذى يجب عليه الضمان ، ويكون المهندس متضامناً معه إذا هو أشرف على التنفيذ (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣ — ص ٤١٤) .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٧ — أوبرى وروووإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٨ وص ٤١٠ .

(٣) وقد نصت المادة ٢/٨٩٧ من المشروع التمهيدى صراحة على هذا الحكم ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا عمل المقاول بإشراف مهندس معمارى ، أوبإشراف رب العمل قد جعل نفسه مكان المهندس المعمارى ، فلا يكون المقاول مسئولا إلا عن العيوب التى تقع فى التنفيذ دون العيوب التى تأتى من الغلط أوعدم التبصر فى وضع التصميم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥ — وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

كما تقول المادة ٦٥٢ سالفة الذكر – يكون ملتزماً بالضمان عن عيوب التصميم وحدها[١] ، ولا يضمن عيوب التنفيذ لأنه لم يشرف عليه[٢] . ولا يكون المقاول الذى قام بالتنفيذ ملتزماً بضمان عيوب التصميم إذ التصميم ليس من وضعه[٣] ، ولكن إذا كان العيب فى التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول ، لاسيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه ، وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الذى فيه ، فإنه يكون هو أيضاً ملتزماً بالضمان[٤] ويكون فى التزامه هذا متضامناً مع المهندس[٥] .

---

(١) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٩ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٢٧ ص ١٠٩٨ .

(٢) وقد يعهد إلى المهندس بتسوية الحساب مع المقاول ، فيكون مسئولا نحو رب العمل عن الخطأ الذى يرتكبه فى تسوية هذا الحساب (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤) .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ .

(٤) نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦ – ٢٦٨ – جيوار ٢ فقرة ٨٥٣ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٣٠ ص ١١٠٠ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٠٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٢ ص ١٩٥ ، ومع ذلك قارن فقرة ٩٥٤ – وهناك رأى يذهب إلى أن المقاول يكون مسئولا بالتضامن عن جميع عيوب التصميم ، ثم يرجع بالتعويض على المهندس (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤) .

(٥) وإذا قضى على أى منهما بالتعويض كاملا لقيام التضامن ، رجع على الآخر فى تقسيم المسئولية بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما فى إحداث الضرر ، مع مراعاة جسامة الخطأ (نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ – ٧١٥ – ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجلة أحكام النقض ١٩٥٨ – ١ – ٣٤٢ – مازو ٣ فقرة ١٣٧٥ ص ١١٤٣ – محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤١) .

وفى تقسيم المسئولية بين المهندس والمقاول يراعى ما ينسب إلى كل منهما من خطأ . فإن كان الخطأ هو خطأ المقاول وحده ، كما إذا ارتكب خطأ فى التنفيذ وكان المهندس مضامناً معه لأنه هو الذى أشرف على التنفيذ ، فقد قدمنا أن المهندس يرجع على المقاول بكل التعويض الذى حكم به عليه (انظر آنفاً فقرة ٦٥ فى آخرها – وانظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤ – دلفو فقرة ٣١١ ص ٢٤٥ – محمد لبيب شنب فقرة ١١٧ ص ١٤١) . وإذا كان الخطأ هو خطأ المهندس ، كما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى الأرض وكان المهندس دون المقاول هو الذى يستطيع كشف هذا العيب ، رجع المقاول على المهندس بكل التعويض الذى حكم به عليه (دلفو فقرة ٢٥٩ ص ٢٠٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢) . أما إذا كان الضرر يرجع إلى عيب فى المواد التى وردها المقاول وكان المهندس مشرفاً على التنفيذ ، فمن حكم عليه بالتعويض كاملا يرجع على الآخر بنسبة جسامة خطأه ، وفى هذه الحالة يكون خطأ المقاول عادة أكثر جسامة من خطأ المهندس (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٥ –

٦٧ — **المدة التي يقوم فيها سبب الضمان** : وسواء رجع سبب الضمان إلى البناء أو إلى التصميم على النحو الذى فصلناه ، فإنه يجب أن يقوم فى مدة معينة إذا انقضت ولم يكن سبب الضمان قائماً لم يكن هناك محل للرجوع بالضمان . وقد رأينا المادة ٦٥١ مدنى[1] تقرر أن الضمان يتحقق إذا كان سببه قد حدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل .

وواضح أن سبب الضمان الراجع إلى التصميم يكون قائماً قبل التسليم ، بل قبل التنفيذ ، ويستمر قائماً بعد التنفيذ والتسليم ، ولذلك يكون هذا السبب موجباً للضمان دون حاجة إلى تحديد وقت معين يقوم فيه ، فهو قائم منذ البداية . أما سبب الضمان الراجع إلى التنفيذ فقد يوجد قبل التسليم ويكون خفياً فيتسلم رب العمل الشيء دون أن يفطن للعيب ، ومن ثم يكون العيب موجباً للضمان ، دون حاجة هنا أيضاً إلى تحديد وقت معين يقوم فيه ، فهو قائم قبل التسليم . والسبب الذى يحتاج إلى وقت معين يقوم فيه هو السبب الذى يرجع إلى التنفيذ إذا طرأ بعد التسليم . فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن السبب الذى يطرأ بعد التسليم لا يكون موجباً للضمان ، ولكن نظراً لخطورة المبانى ووجوب

= دلفو فقرة ٢٧٠ ص٢١٩ — محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص١٤٢) . وقد يتعادل الخطآن ، فيتحمل كل منهما نصف التعويض (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

وإذا رجع أى منهما على الآخر — وليست بينهما علاقة عقدية — رجع بموجب أحكام المسئولية التقصيرية ، فإذا ادعى أحدهما أن الضرر قد نشأ بخطأ الآخر وجب عليه أن يثبت هذا الخطأ (دلفو فقرة ٣١٣ ص ٢٤٧ — محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ — نقض فرنسى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٩ دالloz مختصر ١٩٥٩ — ٥٣) . ومن يرجع منهما على الآخر يحل محل رب العمل فى حقوقه ، فيرجع أيضاً بدعوى الحلول (دلفو فقرة ٣١٣ ص ٢٤٦ — محمد لبيب شنب فقرة ١١٨ ص ١٤٢ — ص ١٤٣) .

هذا وإذا علم المقاول بعيب فى التصميم فله أن يقف العمل ، ولا يعود إليه إلا إذا أصلح العيب . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — يجوز لمقاول البناء أن يقف العمل إذا قرر الخبراء أن تنفيذ التصميم الموضوع لا يمكن أن يتم دون خطر على سلامة البناء . ٢ — ولكن يجب عليه أن يعود إلى إتمام البناء متى بين الخبراء ما يجب إدخاله على التصميم من تعديلات لتوقى الخطر » (مشروع تنقيح القانون المدنى — مذكرة إيضاحية — ٣ العقود المسماة ص ٤٦١ — وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠ .

امتداد الضمان إلى ما بعد التسليم كما سبق القول ، فقد حدد المشرع مدة لذلك هي عشر سنوات تبدأ من وقت التسليم . وقد رأى المشرع أن هذه مدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته ، فإذا لم يحدث فيه عيب طول هذه المدة ، فقد انقضت مدة الضمان ، ولا عبرة بالعيب الذى يظهر بعد ذلك ، حتى لو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها(١) .

ويبدأ سريان مدة عشر السنوات ، كما يقول النص ، من وقت تسلم العمل . وإذا أبى رب العمل التسلم ، فمن وقت إعذاره(٢) . وإذا كان التسليم على عدة دفعات ، فمن وقت أن تم الدفعة الأخيرة إذا كانت المنشآت لا تمكن تجزئتها لارتباط بعضها ببعض من ناحية الصلابة والمتانة ، أما إذا كانت المنشآت تمكن تجزئتها بحيث لا ارتباط بين جزء وآخر فمن وقت تسلم كل جزء بالنسبة إلى هذا الجزء(٣) . ويمكن إثبات التسلم وتاريخه بمحضر التسليم إذا

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٥٤ جازيت دى پاليه ١٩٥٥ – ١ – ١٠٠ – مازو فى المسئولية ٢ فقرة ١٠٦٢ ص ٥١ – محمد لبيب شنب فقرة ١١٠ ص ١٣١ – وحتى لو تهدم البناء بعد انقضاء عشر السنوات فأصاب الغير بضرر ورجع الغير على رب العمل ، فإن هذا الأخير لا رجوع له على المقاول أو المهندس بعد انقضاء مدة الضمان (انظر عكس ذلك نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ٥٦٢ – وقارن محمد لبيب شنب فقرة ١١٠ ص ١٣٢) .

وإذا وجد العيب خلال مدة عشر السنوات ، تحقق الضمان ، حتى لو لم ينكشف إلا بعد هذه المدة ، وفى هذه الحالة ، لا يبدأ سريان التقادم ومدته ثلاث سنوات إلا من وقت انكشاف العيب لا من وقت وجوده : انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ – ص ١٣١ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٢ ص ٥٠٧ – وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٥٥ مدنى فى هذا المعنى : « فإذا امتنع (رب العمل) دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٣ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ – وقد يتفق على أن يتسلم رب العمل البناء تسلما موقتاً حتى يتمكن من معاينته معاينة دقيقة ثم يصبح التسلم نهائياً بعد مدة معينة ، فى هذه الحالة تسرى مدة عشر السنوات من وقت التسلم النهائى لا من وقت التسلم الوقتى (مازو فى المسئولية ٢ ص ٤٩ هامش ٤ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣٠ – عكس ذلك استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٧) . وقد يقوم المقاول بإصلاح العيب ، فتسرى مدة عشر سنوات جديدة بالنسبة إلى أعمال الإصلاح الجديدة تبدأ من تسلم هذه الأعمال (أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٢١٠ – فقرة ٢١١ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٣١) .

وجد ، أو بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول إذا وجد مستند يثبت ذلك ، أو أية طريقة من طرق الإثبات وتدخل البينة والقرائن لأن التسلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق[1] . وعبء إثبات التسلم يقع على رب العمل ، لأنه هو الذى يدعى الضمان فيجب أن يثبت أن سببه قد قام فى المدة التى قررها القانون .

ولما كانت مدة عشر السنوات هى مدة اختبار لصلابة المنشآت ومتانتها ، فهى إذن ليست بمدة تقادم ، وسنرى أن هناك مدة للتقادم هى ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب . ومن ثم لا تكون مدة عشر السنوات هذه عرضة لأن توقف ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه ، كأن يكون غير كامل الأهلية وليس له نائب يمثله[2] . كذلك لا تكون عرضة لأن تنقطع[3] .

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤ – وإذا كان محضر التسليم قد حرر بعد التسلم الفعلى ، فالعبرة بتاريخ التسلم لا بتاريخ المحضر (مجلس الدولة الفرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ – ٣ – ١١٩ – ١٩ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ٣ – ٥٢ – ٢٦ يوليه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ – ٣ – ١ – ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ داللوز ٩١٠ – ٣ – ١٢٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤) . وكذلك الأمر فيما لو سبق التسلم الفعلى تسوية الحساب مع المقاول ، فالعبرة بتاريخ التسلم الفعلى . أما إذا كان التسلم قد سبق إنجاز العمل ، فالعبرة بتاريخ إنجاز العمل لا بتاريخ التسلم الفعلى (مجلس الدولة الفرنسى ١٥ نوفبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ – ٣ – ١٥١ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ هامش ٢٩ مكرر ٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ ص ٢٠٤) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ – جوسران ٢ فقرة ١٢٩٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٣ ص ٥٠٨ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٢٩ .

(٣) وكذلك الحكم فى فرنسا بالرغم من أن مدة عشر السنوات هناك جعلت أيضاً مدة لرفع دعوى الضمان ، فأصبحت بين أن تكون مدة إسقاط أو مدة تقادم ، والرأى الغالب هناك أنها مدة إسقاط لا توقف ولا تنقطع (نقض فرنسى ٥ يونيه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٣ – ١ – ٣٧٣ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ – ٥٦٩ – باريس ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣٠ – ٢ – ١٦١ – بوردو ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ – ٢ – ١٥٧ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ **Entreprise** فقرة ٢٠٣ – وقارن لوران ٢٦ فقرة ٦١ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٠٦ – انظر عكس ذلك وأن المدة مدة التقادم توقف وتنقطع : ليون الابتدائية ١٦ نوفبر سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٩ – ٣٠٠) . أما فى مصر فالمدة مدة إسقاط والتقادم يأتى بعد ذلك ومدته ثلاث سنوات كما سنرى . وقد قضت محكمة نامور ببلجيكا بأنه إذا صدر أمر عال بإيقاف مدة التقادم بسبب الحرب ، فلا يسرى هذا =

ويجوز الاتفاق على إطالة المدة[1] لأن الممنوع كما سنرى هو الإعفاء أو الحد من الضمان لا التشديد فيه . فيجوز إذن أن يتفق رب العمل مع المقاول والمهندس على أن تبقى مدة الضمان خمس عشرة سنة أو أكثر ، وقد تقضى بذلك جسامة المنشآت ودقة العمل فيها بحيث إن اختبار متانتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات[2] .

ولكن لا يجوز الاتفاق على أن تكون المدة أقل من عشر سنوات ، ففى هذا حد من الضمان وهو ممنوع بموجب المادة ٦٥٣ مدنى كما سنرى . ومع ذلك يلاحظ أمران : (الأمر الأول) أن رب العمل يستطيع النزول عن جزء من المدة بعد سريانها ، لأنه يستطيع أن ينزل عن الضمان بعد تحققه كما سيجئ ، فأولى أن ينزل عن بعض الضمان . ويتحقق ذلك عملا بألا يتمسك رب العمل بكمال المدة لدى القضاء ، فيعتبر هذا نزولا منه عن حقه[3] . (الأمر الثانى) يجوز أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات ، إذا كان المقصود من المنشآت ألا تبقى طول هذه المدة . فإذا كان هناك معرض مدته سنة مثلا ، وأقام أحد العارضين مبنى فى المعرض يعرض فيه بضائعه ، فإن المفروض

= الأمر على مدة ضمان المقاول أو ضمان المهندس المعمارى ، لأن الشارع جعل مدة السنوات العشر أجلا تمتد فيه مسئولية المهندس والمقاول ، ومدة الحرب ليس لها تأثير مطلقاً فى هذا الأجل لأن الزمن يجرى بطبيعته فلا يؤثر فى أصل المسئولية وجوداً أو عدماً . فمدة العشر السنوات التى نص عليها القانون ليست من قبيل أحوال التقادم ، وإنما هى مهلة ضربها الشارع لانتهاء أجل الضمان (نامور ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ١٧ ص١٧٥) .

(١) مجلس الدولة الفرنسى ٣ يناير سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ – ٢ – ١١٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٠٩ ص ١٢٩ – ص ١٣٠ – عكس ذلك دلفو فقرة ٢٢٤ ص ١٨٩ .

(٢) وقد تطول مدة عشر السنوات عن طريق آخر ، بأن يكون هناك غش من المقاول والمهندس ، ففى هذه الحالة إذا لم يكشف رب العمل الغش لا فى خلال عشر السنوات ولا فى خلال ثلاث السنوات مدة التقادم ، فإنه يستطيع الالتجاء إلى دعوى المسئولية التقصيرية ، وهى لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الغش أو بثلاث سنوات من وقت العلم بالغش ، وهذا عند من يقولون بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية (انظر فى غش المقاول والمهندس وتأثير ذلك فى مدة الضمان بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٨ مكررة – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٧ – أوبرى ورورو إسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ – مازو فى المسئولية ٢ فقرة ١٠٦٢ ص ٥١ – ص ٥٢ – محمد لبيب شنب فقرة ١١٠ ص ١٣١) .

(٣) نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ١٣٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٠ .

أن هذا المبنى لا يدوم إلا سنة واحدة مدة بقاء المعرض وبعد ذلك يهدم ، فتكون مدة الضمان فى هذه الحالة سنة واحدة لا عشر سنوات . وقد جاء هذا الحكم صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى ، فهى تقضى كما رأينا[١] بأن يكون الضمان لمدة عشر سنوات ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى المنشآت مدة أقل من عشر سنوات[٢] .

§ ٣ – جزاء الضمان

٦٨ – **موضوع دعوى الضمان** : لرب العمل أن يطلب فى دعوى الضمان التنفيذ العينى . فإذا تهدم البناء مثلا كله أو بعضه ، فله أن يطلب إعادة بناء ما انهدم . وله أن يطلب ترخيصاً من المحكمة فى أن يعيد بناء ما انهدم على نفقة المدين بالضمان ، المهندس أو المقاول أو كليهما بالتضامن . كما أن له إذا حدث بالبناء عيب وكان يمكن إصلاحه عينا ، أن يطلب من المسئول أن يجر هذا الإصلاح ، أو أن يجريه هو على نفقة المسئول بترخيص من المحكمة[٣] . وقد يستغنى عن ترخيص المحكمة فى حالة الاستعجال الشديد طبقاً للقواعد العامة (م ٢٠٩/٢ مدنى) . وإذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، جاز للمحكمة أن تقتصر على الحكم بتعويض (م ٢٠٣/٢ مدنى) ، وذلك كما إذا كان إصلاح العيب يقتضى هدم جزء كبير من البناء يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن العيب[٤] . وفى جميع أحوال التنفيذ العينى يجوز أيضاً

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٤ – ولا يكفى النص فى عقد المقاولة على مدة للضمان أقل من عشر سنوات ، بل يجب أن يتبين أن المتعاقدين قصدا بالبناء أن يبقى لمدة أقل من عشر سنوات ، وفى هذه الحالة يجب أن يكون الضمان لكل المدة التى يبقى فيها البناء ، ولا يجوز أن يكون لمدة أقل (انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٥) .

(٣) ويجب على رب العمل أن يطلب مقدماً معاينة البناء لاستظهار ما فيه من عيوب وطرق إصلاحها والأعمال اللازمة لذلك ، فإذا لم يفعل وعمد من تلقاء نفسه إلى إجراء تعديلات قبل المعاينة الواجبة فإنه يعتبر متنازلا عن الرجوع بالضمان (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧) .

(٤) وعند من يقولون بأن المسئولية مسئولية قانونية يكون أيضاً للقاضى الخيار بين الحكم بالتنفيذ العينى أو بالتعويض ، لأن المسئولية غير عقدية (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص١٨٩ – وانظر نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٣٤٣) . =

الحكم بتعويض إذا كان هناك مقتض ، كما إذا استغرق إصلاح العيب أو إعادة البناء وقتاً فإن لرب العمل أن يتقاضى تعويضاً عن عدم الانتفاع بالبناء طول هذا الوقت[١] . كذلك إذا كانت الأعمال التى أجريت لاتصلح العيب إصلاحاً كاملا ويبقى بعض العيب دون إصلاح ويكون من شأنه أن ينقص من قيمة البناء أو ينقص من ريعه ، فيعوض رب العمل عن ذلك[٢] .

وقد يحكم القاضى بالتعويض منذ البداية دون التنفيذ العينى . فيقضى لرب العمل بمبلغ يساوى تكاليف إعادة البناء أوإصلاح العيب ، وكذلك ما فات رب العمل من الانتفاع حتى يتم إصلاحه[٣] . ولما كان الضمان قائماً على مسئولية عقدية كما سنرى ، فإن التعويض يشمل ما أصاب رب العمل من خسارة وما فاته من ربح ، بشرط أن يكون الضرر الذى يعوض عنه ضررا مباشراً متوقع الحصول[٤] . ويعتبر ضرراً متوقع الحصول أن ينهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصيبه بضرر ويرجع المضرور بالتعويض على رب

= أما فى مصر فإن النص (م٢٠٣/٢ مدنى) صريح فى أنه يجوز للقاضى الاقتصار على الحكم بتعويض إذا كان التنفيذ العينى مرهقاً للمدين ، أياً كان الالتزام ولو كان التزاماً عقدياً .

ويجوز لرب العمل أيضاً طلب فسخ العقد ، وللقاضى تقدير الطلب ، وقد يقتصر على الحكم بتعويض إذا كان الضرر يمكن تعويضه (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٧) .

(١) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٠ .

(٢) نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٢٣٩ – ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٢٧٢ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ١٣٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ – دلفوفقرة ٢٢٩ ص ١٩٢ – محمد لبيب شنب فقرة ١٢٢ ص ١٤٧ .

وعلى العكس من ذلك إذا كان إصلاح العيب يزيد من قيمة البناء ، كما لو كانت المواد التى استخدمت فى الإصلاح أعلى قيمة من المواد التى كان يجوز استخدامها ، فإنه يجوز الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء على حساب الغير (نقض فرنسى ١٤ نوفبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ – ١ – ١٥٣ – مجلس الدولة الفرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ – ٣ – ٢٧ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٥ ص ٤٩٨) .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ ص ١٨٩ .

(٤) ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم ، فيكون التعويض عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (م ٢٢١/٢ مدنى) – وعند من يقولون بأن المسئولية قانونية لا عقدية ، يجوز التعويض دائماً عن الضرر المباشر ولو كان غير متوقع الحصول (نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ١٥١ – ١٤ نوفبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ – ١ – ١٥٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٨ فى آخرها) .

العمل ، فيدخل هذا التعويض ضمن الأضرار التى أصابت رب العمل ويرجع به على المسئول عن الضمان[1] . وإذا كانت هناك منقولات لرب العمل داخل البناء ، فأتلفها انهدام البناء أو العيب ، فإن هذا يعتبر أيضا ضرراً يجب التعويض عنه لرب العمل[2] .

٦٩ — **تقادم دعوى الضمان — نص قانونى** : تنص المادة ٦٥٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب »[3] .

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٢ ص ١٤٧ (ويشير إلى ثروت أنيس الأسيوطى فى بحث مطبوع فى مسئولية المهندس المعمارى ص ١٦) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ — ويجوز عند الاقتضاء أن يطلب رب العمل ، كجزاء للضمان فسخ عقد المقاولة وإعادة الشىء إلى أصله كهدم البناء المعيب وإعادة الأرض إلى أصلها ، مع التعويض إن كان له مقتض . ولكن القاضى لا يلجأ إلى ذلك إلا عند الضرورة القصوى (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٣٨ — هيك ١٠ فقرة ٤٢٧ — نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ١٥١ — عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨٥٩) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — على رب العمل ، فى المقاولات الصغيرة ، أن يستعمل ماتقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به فى هذا النوع من الصناعة إن كان هناك عرف متبع ، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق فى خلال ستة أشهر من وقت تسلم العمل . ٢ — أما فى المقاولات الكبيرة ، فإن دعاوى المسئولية الخاصة التى تستند إلى المواد من ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، ودعاوى المسئولية الأخرى التى تستند إلى القانون العام فى العيوب غير المشار إليها فى هذه المواد ، يجب رفعها فى خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى والعبارة الخاصة بدعاوى المسئولية عن العيوب التى تستد إلى القانون العام فى الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والصغيرة أولا ، ولوجوب التمييز بين العيوب الخاصة والعيوب التى تستند إلى القانون العام ثانيا — وزيدت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات بدلا من سنتين . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٨٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٠ — ٣٢ — وانظر آنفاً فقرة ٥٩ فى الهامش) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولذلك كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة . ولما كان التقنين المدنى الجديد قد قرر مدة للتقادم أقصر ، فهى ثلاث سنوات بدلا من خمس عشرة سنة ، فإن المدة الجديدة تسرى من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة =

وقد حسم التقنين المدنى الجديد بهذا النص مسألة هامة كانت محل خلاف فى القانون الفرنسى . ففى التقنين المدنى الفرنسى تحدد المادة ١٧٩٢ مدة الضمان بعشر سنوات ، ثم تأتى المادة ٢٢٧٠ فى باب التقادم فتجعل تقادم دعوى الضمان بعشر سنوات . وبعد خلاف طويل ، استقر الأمر على أن دعوى الضمان يجب رفعها فى مدة عشر السنوات التى يجب أن يظهر العيب فى خلالها . وترتب على ذلك أن العيب إذا انكشف فى اليوم الأخير من السنة العاشرة ، فإن دعوى الضمان لا يمكن رفعها فى اليوم الثانى إذ تكون قد سقطت بالتقادم[1].

= القديمة قد بدأت قبل ذلك ، أما إذا كان الباقى من المدة القديمة أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى (م ٨ مدنى) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٨٧٠ : . . ويجب رفع الدعوى (دعوى الضمان) فى خلال سنة من وقت التهدم . (ومدة التقادم فى التقنين العراقى كما نرى سنة واحدة ، وهى ثلاث سنوات فى التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤/٦٦٨ : ويجب أن تقام الدعوى (دعوى الضمان) فى خلال ثلاثين يوماً تبتدئ من يوم تحقق الأمر الذى يستلزم الضمان ، وإلا كانت مردودة . (ومدة التقادم فى التقنين اللبنانى قصيرة جداً فهى ثلاثون يوماً من وقت تحقق سبب الضمان ، فى حين أنها فى التقنين المصرى ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب أو من وقت التهدم) .

(١) بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٠٩ – جوسران ٢ فقرة ١٢٩٩ – وهناك رأى فى القانون الفرنسى يذهب إلى أن مدة الضمان هى عشر سنوات ، ثم تأتى بعد ذلك مدة التقادم وهى ثلاثون سنة طبقاً للقواعد العامة (لوران ٢٦ فقرة ٥٨ – فقرة ٥٩ – بيدان ١٢ فقرة ٢١٧ – أوبرى ورو الطبعة الرابعة ٤ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٠ ولكن هذا الرأى عدل عنه فى الطبعة الخامسة) . ويذهب رأى آخر إلى أن المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى تحدد مدة الضمان بعشر سنوات ، والمادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى تحدد مدة التقادم بعشر سنوات أخرى (ديفرچييه ٢ فقرة ٣٦٠ – تستو فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٠ ص ٢٥٧) – ولكن كلا الرأيين قد هجر ، واستقر القضاء الفرنسى على أن عشر السنوات هى مدة الضمان ومدة التقادم فى وقت معاً ، فيجب أن يوجد العيب وترفع دعوى الضمان خلال عشر سنوات من وقت انكشاف العيب (نقض فرنسى دوائر مجتمعة ٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣ – ١ – ٥ – باريس ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣٠ – ٢ – ١٦١ – پواتييه ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ – ١ – ٦٤) . ويكفى أن يظهر العيب خلال عشر السنوات حتى يمكن رفع دعوى الضمان ، وليس من الضرورى أن ينتظر رب العمل تهدم البناء (نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠–١ – ٤٨٨ – ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٠ =

ولما كان التقنين المدنى القديم لم يشتمل على نص خاص يحدد مدة للتقادم، فقد انبنى على ذلك أن ذهب القضاء إلى أن دعوى الضمان يجوز رفعها فى مدى خمس عشرة من وقت انكشاف العيب[1]، وهذه هى مدة التقادم طبقاً للقواعد العامة، فكان يجوز أن يبقى المقاول أو المهندس معرضاً لدعوى الضمان مدة أربع وعشرين سنة من وقت إنجاز العمل، إذا لم يظهر العيب فى البناء إلا فى السنة العاشرة من وقت التسلم، وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول: «وقد ترتب على عدم وجود نص فى التقنين الحالى (السابق) يطابق الفقرة الثانية من هذه المادة أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن دعوى المسئولية قبل المقاول بناء على نص المادة ٥٠٠ من التقنين المختلط يجوز رفعها بعد مضى عشر السنين المقررة بالنص، ولا يسقط الحق فى إقامتها إلا بمضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الحادث. ويترتب على ذلك أنه لو حدث الخلل فى السنة العاشرة، فإن الدعوى تبقى جائزة حتى تمر أربع وعشرون سنة من تاريخ تسلم العمل. وقد يكون الداعى إلى تقرير هذا الحل هو الرغبة فى ترك وقت كاف لرب العمل الذى يكتشف العيب فى آخر لحظة حتى ينجح فى دعواه قبل المقاول، على أن هذه النتيجة تتعارض تماماً مع ما رأيناه من ميل التقنينات الحديثة إلى تقصير المدة التى يكون فيها كل من المقاول والمهندس مسئولا. ولذلك يكتفى المشروع بتحديد مدة سنتين (زيدت فى لجنة المراجعة إلى ثلاث) يجوز رفع الدعوى خلالها، وذلك قياساً على ما قرره المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٥٢٢)»[2].

ويخلص من ذلك أن رب العمل يستطيع أن يرفع دعوى الضمان فى ثلاث سنوات، يبدأ سريانها من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم[3]؛ فإذا

= داللوز ٩١ – ١ – ١٥١) – وانظر فى المسألة بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٤٤ – فقرة ٣٩٤٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ١٩٩ – فقرة ٢٠١.

(١) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣١.

(٣) ويكفى أن ينكشف العيب أو يحصل التهدم حتى يستطاع العلم بذلك، ولو لم يتم العلم به فعلا (انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٢١). ويثبت وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم بجميع طرق الإثبات، لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية. ولا يكفى لإثبات العلم أن يسكن رب العمل المبنى، فقد لا يظهر العيب إلا بعد السكنى بمدة طويلة (استئناف مختلط =

انكشف العيب أوحصل التهدم بعد خمس سنوات مثلا من وقت تسلمه البناء ، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان ، أى إلى انقضاء ثمانى سنوات من وقت تسلم البناء . وإذا انكشف العيب أوحصل التهدم فى آخر السنة العاشرة من وقت تسلم البناء ، كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان ، فيكون قد انقضى ثلاث عشرة سنة من وقت تسلم البناء ، وهذه هى أقصى مدة يمكن أن تنقضى من وقت التسلم إلى وقت رفع دعوى الضمان . فإذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع دعوى الضمان ، فإن هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها .

ولما كانت هذه المدة مدة تقادم ، فإنها يرد عليها أسباب الانقطاع ، فتنقطع برفع الدعوى الموضوعية(1) ، وتنقطع أيضاً بإقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان . أما وقف التقادم فلا يرد هنا ، وذلك لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات ، ولايقف التقادم إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى على ما يأتى : « ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لاتتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً »(2) .

٧٠ — المسئولية نحو الغير : ودعوى الضمان ، كما سنرى ، تقوم على المسئولية العقدية فيما بين رب العمل من جهة والمهندس أو المقاول من جهة أخرى . أما بالنسبة إلى الغير ، فليست هناك رابطة عقدية . فإذا انهدم البناء مثلا ، وأصاب أحد المارة بضرر ، كان للمضرور أن يرجع بالتعويض على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسئولية التقصيرية الناجمة عن حراسة البناء ، وهى مبنية على خطأ مفترض . وكان للمضرور أيضاً أن يرجع

---

١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٤) . وإذا ظهر العيب وأخطر رب العمل المقاول به ، فإن سكوته بعد ذلك لا يعد نزولا منه عن الضمان مادامت مدة التقادم لم تنقض (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨) .

(١) ولا يكفى لقطع التقادم أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين خبير لإثبات حالة البناء (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ — محمد لبيب شنب فقرة ١٢١) .

(٢) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٢١ .

بالتعويض على المقاول أو المهندس ، ولكن بشرط أن يثبت فى جانب المسئول خطأ تقوم عليه المسئولية التقصيرية[١] . وإذا رجع على رب العمل ، كان لهذا أن يرجع على المقاول أو المهندس بدعوى الضمان على النحو الذى فصلناه بشرط أن يحصل التهدم فى خلال عشر السنوات التالية لتسلم البناء وأن يرفع دعوى الضمان فى خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم[٢] .

---

(١) فيرجع الجار على المقاول أو المهندس إذا لحقه ضرر من البناء ، ولكن بشرط أن يثبت الجار كما قدمنا خطأ فى جانب المقاول أو المهندس طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٧ وفقرة ٣٩٦٩) . بل إن كثيراً من الأحكام تذهب إلى أن الجار لا يرجع إلا على المقاول أو المهندس ، ولا رجوع له على رب العمل . فقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لصاحب بناء اعترى بناءه خلل بسبب تقصير المقاول فى أعمال البناء المجاور أن يوجه دعواه بالتعويض إلى مالك هذا البناء لمجرد كونه مالكاً ، إذ مادام التقصير قد وقع من المقاول وحده فإن المسئولية عن ذلك لا تتعداه (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ ص ٤٢١) . وقضت أيضاً بأنه إذا حملت المحكمة المقاول وحده ، دون الحكومة ، المسئولية عن الضرر الذى أحدثه بالمنازل المجاورة المشروع الذى عهدت إليه الحكومة القيام به (حفر حفرة لوضع ماكينة المجارى الخاصة ببلدية الفيوم) ، وذلك بناء على أن الحكومة حين عهدت إليه بالعملية ، وهو مقاول فنى ، قد حملته مسئولية الأضرار التى قد تحصل عنها ، وأنه لم يثبت أنها هى قد وقع منها خطأ فى تصميم العملية الذى قدمته له وسار على أساسه ، ولا أن المهندس الذى كلفته الإشراف على العمل تدخل تدخلا فعلياً فى الأعمال التى كان يجريها ، وأن وضع الحكومة لمواصفات المقاولة ورسومها وعدم استطاعة المقاول الخروج عن حدود هذه المواصفات لم يكن ليحول دون أن يتخذ هو من جانبه الاحتياطات التى كان يجب اتخاذها لمنع الضرر عن الغير عند تنفيذ المقاولة ، فإن هذا الحكم لا يكون فى قضائه بعدم مسئولية الحكومة قد شابه قصور فى إيراد الوقائع (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٥ ص ٣٩٧) – وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٤٤ ص ١٠٣ – مصر الوطنية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٨٩ ص ٥٨٤ – ٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٣ ص ٥٩ – ٢٣ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٥ ص ٦٥٣ – استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٣٦ – ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠ .

وكما يكون المقاول مسئولا عن خطأه مسئولية تقصيرية نحو الغير ، فإنه يكون كذلك مسئولا عن خطأ أتباعه مسئولية المتبوع عن التابع ، ولكنه فى هذه المسئولية التقصيرية لا يكون مسئولا عن خطأ المقاول من الباطن لأنه لا يعتبر تابعاً له (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٦٠ وفقرة ٣٩٦٨) .

(٢) استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٠ – نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ٥٦٢ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٤ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٧ مكررة – جوسران ٢ فقرة ١٣٠١ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Entreprise فقرة ٢٢٩ – فقرة ٢٣١ – محمد لبيب شنب فقرة ١٢٣ .

هذا وقد يكون المقاول أوالمهندس مسئولا نحو الغير باعتباره حارس البناء على أساس خطأ مفترض ، إذا كان البناء لايزال تحت يد المقاول أو المهندس قبل تسليمه لرب العمل[1] .

وتتقادم دعوى المسئولية التقصيرية من الغير قبل المهندس أو المقاول ، أو قبل رب العمل ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بحصول الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١/١٧٢ مدنى)[2] .

§ ٤ — انتفاء الضمان

٧١ — دعوى الضمان تقوم على المسئولية العقدية : رأينا عند الكلام فى الضمان بوجه عام أن المقاول يكون مسئولا عن جودة العمل ، فيكون مسئولا عن كل عيب فى الصنعة[3] . وهذه المسئولية هى لاشك مسئولية عقدية ، لأنها تقوم على التزام عقدى أنشأه عقد المقاولة . وهذا يصدق أيضاً على المقاولات المتعلقة بالمنشآت الثابتة فى الأرض ، فهى كسائر المقاولات تنشئ التزاماً فى ذمة المقاول أن تكون المنشآت خالية من العيب ، فإذا انهدم البناء أو ظهر فيه عيب فقد تحققت المسئولية العقدية للمقاول أوالمهندس[4] .

وهذا المبدأ على وضوحه ، ليس محل إجماع فى فرنسا . فالقضاء الفرنسى

---

(١) دلفو فقرة ٢١٦ ص ٢٤٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٢٣ (ويشير إلى تروت أنيس الأسيوطى فى مسئولية المهندس المعمارى ص ٥ — ص ٨) .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المقاول أو المهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للمادة ٤٠٩ مدنى (قديم) لا يمكن اعتبارها مسئولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحة أو شبه جنحة مدنية ، ولايمكن كذلك اعتبارها مسئوليه قانونية من نوع آخر مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسئولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب البناء على مقتضى عقد المقاولة ، وإنما هى مسئولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء ، سواء أنص عليها فى العقد أم لم ينص ، كمسئولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها مما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) — وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦٥ ص ١٢٣٥ — محمد كامل مرسى فقرة ٥٩٤ .

يذهب إلى أن مسئولية المقاول والمهندس عن عيوب البناء مسئولية تقصيرية[١]، ولكن الفقه الفرنسى يذهب المذهب الصحيح ، ويقول بأن المسئولية مسئولية عقدية[٢] . والذى جعل الأمر محل خلاف على هذا الوجه أن هناك رأياً يذهب إلى أن ضمان المقاول لجودة العمل ، وهو الضمان القائم على المسئولية العقدية ، ينتهى بتسليم العمل والتسليم يغطى كل العيوب التى تظهر فيما بعد . فإذا بقى مقاول المنشآت الثابتة ، دون غيره من المقاولين ، ملتزماً بضمان العيوب التى تظهر فى البناء بعد التسليم لمدة عشر سنوات ، فليس هذا هو الالتزام العقدى الذى انتهى بالتسليم كما سبق القول ، وإنما هو التزام تقصيرى بحسب ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فيما قدمنا ، أوهو التزام قانونى أوجبه القانون رعاية لرب العمل نظراً لخطورة المنشآت الثابتة ووجوب اختبار صلابتها ومتانتها مدة من الزمن فيما يذهب إليه بعض الفقهاء[٣] .

ولكننا رأينا أن التسليم لا يغطى إلا العيوب الظاهرة . أما العيوب الخفية، فى جميع المقاولات سواء كانت مقاولات منشآت ثابتة أو مقاولات أخرى ، فلا تغطى بالتسليم، ولكن يبقى المقاول مسئولا عن عيوب الصنعة فيها المدة التى يقضى بها العرف فى غير مقاولات المنشآت الثابتة[٤] . أما فى مقاولات

---

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣-١ - ٤٢١ - ٢٦ نوفبر سنة١٨٧٣ داللوز ٧٥ -١ - ٢٠ - ٢٩ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ - ١ - ٢٨٩ - ٢٤ مايو سنة١٨٩٤ داللوز ٩٤ - ١ - ٤٥١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٥٢ - ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ - ٣٩٣ - ٢٤ نوفبر سنة ١٩٥٤ جازيت دى پاليه ١٩٥٥ - ١ - ١٠٠ .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٤٢ وفقرة ٣٩٤٣ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١١ هامش ٨ - لالو فى المسئولية المدنية الطبعة الثالثة فقرة ٤٧٩ - هنرى مازو مقال له فى المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٦١٢ فقرة ٥٣ - مازو فى المسئولية المدنية ١ فقرة ١٤٨ هامش ٣ - چاكان رسالة من ليل سنة١٩٣٢ - دلڤو فقرة ١٨٨ ص ١٦٩ - ساڤاتييه فى المهنة الحرة ص ٣١١ - بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٠٤ - كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٦ - چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ (ويدعوها بالمسئولية العقدية المشددة) .

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٤٧ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

المنشآت الثابتة فقد رأى المشرع ألا يترك هذه المدة للعرف نظراً لخطورة هذه المقاولات ، وحدد مدة الضمان بعشر سنوات ، ورأى أن هذه المدة ضرورية لاختبار متانة البناء وصلابته ، ومن ثم كانت أحكام هذه المسئولية دون غيرها من النظام العام كما سنرى .

٧٢ — *كيف ينتفى الضمان* : والتزام المقاول بضمان العيب فى المنشآت الثابتة هو التزام بتحقيق غاية ، لا التزام ببذل عناية[١] . فيكفى إذن أن يثبت رب العمل أن هناك عقد مقاولة محله منشآت ثابتة ، وأن هذه المنشآت وجدت فيها عيوب على النحو الذى فصلناه فيما تقدم[٢] فى خلال عشر السنوات التالية لتسلم البناء ، حتى يقوم التزام المقاول بالضمان . ولاحاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ فى جانب المقاول أو المهندس[٣] ، إذ وجود العيب فى البناء هو ذاته الخطأ ، كما هو الأمر فى كل التزام بتحقيق غاية[٤] .

ولايستطيع المقاول أوالمهندس أن ينفى مسئوليته عن الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبى[٥] . بل إنه لا يستطيع نفى مسئوليته بإثبات أى سبب أجنبى ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥ — فقرة ٦٦ .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٩ — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٩ — جوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ ص ٦٨٠ — مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ ص ١١٢٩ — محمد لبيب شنب فقرة ١١١ — عكس ذلك جيوار ٢ فقرة ٨٣٩ — لوران ٢٦ فقرة ٢٩ ومابعدها — بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٤١ — دلڤو فقرة ٢١٩ ص ١٨٢ — Minvielle فى مهنة المهندس المعمارى فقرة ٢٦٢ وما بعدها .

(٤) مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ ص ١١٢٩ — سليمان مرقس دروس فى المسئولية المدنية لقسم الدكتوراه فقرة ١٩٣ ص ٣٩٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١١١ — ڤارن دى پاچ ٤ فقرة ٨٩٧ .

(٥) مازو ٣ فقرة ١٣٦٧ — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٩ — محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٠ — محمد لبيب شنب فقرة ١١٢ — ومن ثم لا يكفى لدفع المسئولية أن يثبت المقاول أوالمهندس أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة حتى لا يتهدم البناء أو حتى لايوجد عيب (سليمان مرقس فى تعليق له بمجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٦٥٦ فقرة ١٥ — محمد لبيب شنب فقرة ١١٢ ص ١٣٥ — عكس ذلك استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧١) . ويترتب على ذلك أن مسئولية المقاول أوالمهندس لا تندفع إذا بقى سبب التهدم أو العيب مجهولا (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١١٢ ص ١٣٥) .

وإنما يجب هنا التمييز بين القوة القاهرة وخطأ رب العمل . فإثبات القوة القاهرة ينفى الضمان ، أما إثبات خطأ رب العمل فلا ينفى الضمان فى جميع الأحوال ، وذلك على التفصيل الآتى .

٧٣ — القوة القاهرة : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص صريح فى هذه المسألة ، فكانت المادة ٨٩٨ من هذا المشرع تنص على ما يأتى : « يسقط عن المهندس المعمارى والمقاول الضمان المقرر فى المادتين السابقتين إذا تبين من الظروف التى أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة ، كما لو حصل خلل فى استقرار الأرض التى أقيم عليها البناء إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجة لم يكن فى الإمكان توقعها وقت البناء » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يؤيد هذا النص ما جرى عليه قضاء المحاكم المصرية ، وعلى الأخص محكمة الاستئناف المختلطة . ويستند هذا القضاء على مبدأين أساسيين : (١) الخلل فى البناء إذا حصل فى خلال عشر سنوات لا يكفى وحده لتقرير مسئولية المقاول ، إذا كان من الثابت أن هذا الخلل لا يرجع لخطأه (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١) . (٢) تهدم البناء الذى لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعيب فى الصنعة يسأل عنه المقاول (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩١٣ ب ١٥ ص ٣٥٩) . وهكذا تكون المادة ٤٠٩/٥٠٠ من التقنين الحالى (السابق) قد أقامت قرائن على افتراض الخطأ ، من بينها واحدة ليس من السهل دفعها ، وهى قرينة افتراض خطأ أو إهمال فى جانب المقاول إذا كان الخلل راجعاً إلى طبيعة الأرض . بل لا يجوز أن نسهل دفع هذه القرينة عن طريق الالتجاء لرأى الخبراء ، لإثبات أن المقاول لم يرتكب أى خطأ فنى فى كشف طبيعة الأرض وتعرف عيوبها ، إذ يخشى أن يحابى الخبراء أبناء مهنتهم فتفوت بذلك الحماية التى قصدها المشروع . ولذلك قيد المشروع من حالات قبول القوة القاهرة كسبب لسقوط المسئولية ، وجعلها قاصرة على الحالة التى يكون فيها ثبوتها قاطعاً دون حاجة لأهل الخبرة . ويمتاز هذا النص أيضاً بميزة التوفيق بين الحلول التى قررتها محكمة الاستئناف المختلط فى بعض الحالات العملية . من ذلك استبعاد مسئولية المقاول المكلف

بتغطية الطريق بالأسفلت ، إذا كان العيب الحادث فى غطاء الأسفلت ناجماً عن هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٢١) . وكذلك استبعاد مسئولية المقاول الذى استعمل مواد وأدوات انعقد الإجماع على جودتها ، إذا كان من الثابت أن الخلل الحادث بسببها راجع إلى الأحوال الجوية الخاصة بالقطر المصرى (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣٧١ : على أن هذا التطبيق محل للمناقشة) . وفى طائفة أخرى من الأحكام قررت المحكمة إلقاء مسئولية تهدم البناء تحت ضغط مياه الأمطار على عاتق المقاول ، حتى لو كانت هذه الأمطار وافرة لدرجة غير عادية ، خصوصاً إذا كان البناء منخفضاً بجوار الشارع (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ ب ١٥ ص ٣٥٨ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٦٩) . كما أن المحكمة رفضت تمسك المقاول بالقوة القاهرة للتخلص من المسئولية بسبب هبوط أرصفة مقامة على جوانب النيل (البلتان جدول عشرى ٢ نمرة ٢٤٢٣) . وقد قصد المشروع بالذات هذه الطائفة الأخيرة من الأحكام ، فذكر إلى جانب موقع الأرض حركتها الذاتية » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « يسقط الضمان عن المهندس المعمارى والمقاول إذا أثبتا أن تهدم البناء أو العيب الذى ظهر يرجع إلى سبب أجنبى لا يد لهما فيه » : ووافق مجلس النواب على النص ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة[1] .

والقواعد العامة تقضى بأن الالتزام بالضمان ينتفى إذا أثبت المقاول أو المهندس أن تهدم البناء أو وجود العيب يرجع إلى قوة قاهرة[2] ، وهو لا ينفى بذلك وقوع الخطأ ، وإنما ينفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية ، كما رأينا ، أمثلة مختلفة من القضاء المختلط يتبين منها متى تكون هناك قوة قاهرة ومتى لا تكون . فإذا أثبت المقاول أن العيب فى الأسفلت الذى رصف به الطريق يرجع إلى هبوط الشارع بسبب خلل فى مجارى المياه الممتدة فى باطن الأرض ، كان هذا قوة قاهرة ، لأن هبوط

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥ — ص ٢٨ فى الهامش .

(٢) نقض فرنسى ١٤ نوفبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ — ١ — ١٥٣ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٦ .

الشارع وهو الذى سبب تكسر الأسفلت لا يرجع إلى موقع الأرض ولا إلى حركتها الذاتية ، بل يرجع إلى مجار للمياه ممتدة فى باطن الأرض وقد انفجرت فأحدثت هذا الهبوط . ومن ثم لا يجب على المقاول الضمان فى هذه الحالة ، وقد انتفت مسئوليته بإثبات القوة القاهرة . أما إذا هبطت أرصفة مقامة على جوانب النيل ، فلا يعتبر ذلك قوة قاهرة ، لأن الهبوط يرجع إلى موقع الأرض من النيل ، ومن ثم يكون المقاول مسئولا عن الضمان[1] . وإذا رجع تهدم البناء أو العيب فيه إلى عيب فى الأرض لا يمكن كشفه بالفحص الفنى المعتاد ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر أيضاً فى حكم القوة القاهرة[2] .

٧٤ — خطأ رب العمل : والأصل أن خطأ رب العمل ينفى علاقة السببية ، فلا يلتزم المقاول بالضمان . فإذا رجع العيب فى البناء إلى عيب فى المواد التى استخدمت فيه وكانت هذه المواد قد أحضرها رب العمل ، وقد أثبت المقاول ذلك ، فقد أثبت خطأ رب العمل وتنتفى فى الأصل مسئوليته . ولكن قد يكون العيب فى المواد بحيث كان المقاول يستطيع أن يكشفه وينبه رب العمل إليه ، فعند ذلك يكون هناك أيضاً خطأ فى جانب المقاول قد يكون سبباً فى مشاركته رب العمل المسئولية بحسب جسامة خطأ كل منهما ، وقد يجبُّ خطأ المقاول خطأ رب العمل ، أو يجبُّ خطأ رب العمل خطأ المقاول ، فينفرد أحدهما بالمسئولية . وقد يتدخل رب العمل فيعطى تعليمات خاطئة للمقاول ويطلب إليه أن ينفذها فينجم العيب عن ذلك ، وهنا أيضاً يكون هناك خطأ فى جانب رب العمل وخطأ فى جانب المقاول الذى أطاع

---

(١) ولا يعتبر قوة قاهرة تقلب الجو تقلباً معتاداً يكون من شأنه إحداث تمدد أو تقلص فى البناء (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٨) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥ فى الهامش — أما إذا كان هناك عيب فى البناء ، ثم تهدم البناء بقوة قاهرة دون أن يكون للعيب دخل فى تهدمه ، فإن رب العمل لا تعود له مصلحة فى رفع دعوى الضمان ، فإن البناء كان سيتهدم ولو لم يوجد فيه هذا العيب . فإذا باتت له مصلحة ، جاز أن يرجع بالضمان . مثل ذلك أن يكون العيب من شأنه أن يزيد فى الضرر الناجم عن تهدم البناء ، أو أن شركة التأمين تحتج بالعيب فى البناء فتدفع لصاحبه تعويضاً أقل ، فى مثل هذه الأحوال يرجع رب العمل بالضمان على المقاول بالمقدار الذى أصيب فيه بضرر من جراء العيب (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ ص ٢٠٠ — وقارن Gallié فى مسئولية المقاول إزاء رب العمل رسالة من باريس سنة ١٩١٠ ص ٦٣ — Corberand ص ١٠٢) .

هذه التعليمات الخاطئة ، فيشتركان فى المسئولية أو يجبُّ خطأ أحدهما خطأ الآخر بحسب جسامة الخطأ[١]. وقد يضع رب العمل بنفسه تصميم البناء فيجىء معيباً ويتسبب عن ذلك عيب فى البناء ، فيشترك مع المقاول فى المسئولية إذا كان عيب التصميم مما يمكن للمقاول كشفه ، أما إذا كان العيب مما لا يمكن للمقاول كشفه لاسيما إذا كان رب العمل هو نفسه مهندساً معمارياً فإن خطأ رب العمل ينفى المسئولية عن المقاول[٢] .

وهناك أمر يصدر من رب العمل ، أشارت إليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى[٣] ، لايعتبر خطأ منه ، ولايؤثر فى مسئولية المقاول ، بل تبقى هذه المسئولية كاملة ويرجع عليه رب العمل بالضمان كاملا . وذلك

---

(١) وقد قضى بأن تدخل رب العمل ، سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معيبة ، لا يعفى المهندس أو المقاول من المسئولية ، لأنه كان من الواجب أن ينبه رب العمل إلى العيب ، بل كان عليه عند الاقتضاء أن يمتنع عن تنفيذ العمل المعيب ، فيقاسم المقاول أو المهندس رب العمل المسئولية (استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ – ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٩ – مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٧٨ – ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٣ – ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٦ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩ – جيوار ٢ فقرة ٨٧٥ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٥٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ – دلڤو فقرة ٢٧٧ ص ٢٢٤ – چوسران ٢ فقرة ١٢٩٨ – محمد لبيب شنب فقرة ١١٤ .

(٢) نقض فرنسى ٨ ديسمبر سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٤ – ٥ – ٦٥٣ – أول ديسمبر سنة ١٨٦٨ داللوز ٧٢ – ١ – ٦٥ – ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ٩٠ – ١٦ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ – ١ – ٤٨٨ – ١١ نوفبر سنة ١٩٤١ D.C. ١٩٤٢ – ١٥٣ – ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ D.A. ١٩٤٤ – ٦٣ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٥٠ ص ١١١٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٦ – أوبرى ورو إسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٠ – ص ٤١١ – ويعتبر بوجه خاص تدخل الإدارة فى أعمال المقاول – فى مقاولات الأشغال العامة – سبباً لتخفيف مسئولية المقاول أو لمحوها ، متى نبه المقاول الإدارة إلى الأضرار التى تنجم عن تنفيذه للتعليمات التى تصدرها له الإدارة (مجلس الدولة الفرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ٣ – ٩٣ – ٢ أبريل سنة ١٩١١ داللوز ١٩١١ – ٣ – ١٣ – ومع ذلك انظر مجلس الدولة الفرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ٣ – ٩٣) . ولكن إذا اشترط رب العمل ألا يجرى المقاول أى تعديل بغير موافقة المهندس المقام من قبله ، وأن لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التى يقدمها المقاول ، فإن هذا كله لا يعتبر تدخلا من رب العمل يجعل الإدارة فى يده ويعفى المقاول من المسئولية ، بل هى احتياطات اتخذها رب العمل للتثبت من تنفيذ شروط العقد (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١١١) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٠ .

إذا كان « رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة » ، فى هذه الحالة يكون الخطأ هو خطأ المقاول ، ولم يفعل رب العمل إلا أن يجيز هذا الخطأ ، والمفروض أن رب العمل غير فنى فلا يعتد بإجازته ، ولايكون لهذه الإجازة أثر فى مدى مسئولية المقاول عن الضمان(1) .

٧٥ — الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه لاينتفى به الضمان — نص قانونى : تنص المادة ٦٥٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه »(2) .

---

(١) ديفرجييه ٢ فقرة ٣٥١ — لوران ٢٦ فقرة ٥١ ومابعدها — جيوار ٢ فقرة ٨٧٥— فقرة ٨٧٦ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٥٠— ومن باب أولى لا يكون وجود رب العمل وإشرافه على العمل سبباً فى تخفيف مسئولية المقاولى ، وقد قضى بأن وجود مهندس من قبل رب العمل للإشراف على التنفيذ لا يؤثر فى مسئولية المقاول ، ولو تلقى هذا من المهندس تعليمات تخالف أصول فن البناء ، لأنه مستقل فى عمله عن المهندس (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٨ ص١١٦ — دلقو فقرة ٢٣٩ ص٢٠١ — محمد لبيب شنب فقرة ١١٤ ص١٣٩) . وقضى فى نفس المعنى بأنه لا يرفع المسئولية عن المقاول اشتراك المالك معه فى الرأى أو تنفيذ المقاول لأمر المالك إذا كان فيه مخالفة لأصول الفن (مصر وطنى استئناف ١١ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢ص٢٥) . وقضى أيضاً بثبوت مسئولية المقاول حتى لوتدخل المالك فى العمل ولم ينفذ المقاول إلا ما أمره به المالك ، لأن من واجب المقاول أن يمتنع عن كل عمل يخالف أصول الفن ولو أمره به المالك (مصر الوطنية ٨ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم٣٣ ص ٥٩) . وقضى كذلك بأن المهندس المعمارى والمقاول مسئولان بالتضامن عن خلل المبانى فى مدة عشر سنين ، ولو كان الخلل ناشئاً عن عيب فى الأرض أو كان المالك أذن فى إنشاء الأبنية المعيبة ، وعلى ذلك فمتى ظهر أن « الميدة » المسلحة ضرورية لصالح البناء تعين على المقاول النص عليها فى العقد وتنبيه المالك إليها حتى إذا تجاوزها هذا وأشار بعدم عملها ، فالمقاول مسئول أمامه إذا حدث خلل فى البناء بسبب عدم عملها فى خلال عشر السنوات ، ويكون إغفالها فى العقد غير مخل للمقاول من مسئوليته (استئناف مصر ٥ نوفمبر سنة١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٨ ص ٧٠٢). وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتى « إذا أخبر المهندس المعمارى أو المقاول رب العمل ، قبل التنفيذ أو فى أثنائه ، بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل وفقاً للشروط المطلوبة فإن ذلك لا يعفيه من المسئولية ... حتى بالنسبة للأعمال التى يكون رب العمل قد أمر بها رغم هذا التحذير» (مشروع تنقيح القانون المدنى — مذكرة إيضاحية — ٣ العقود المسماة ص ٤٦٢ — وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه =

وقد قدمنا أن الضمان بوجه عام — عدا ضمان المقاول والمهندس — لا تعتبر أحكامه من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، أى يجوز تشديدها أو تخفيفها أومحوها باتفاق خاص[1] . أما ضمان المقاول والمهندس ، وهو الضمان الخاص الذى نحن بصدده ، فتعتبر أحكامه من النظام العام بنص صريح هو النص الذى أسلفنا ذكره . ويبرر ذلك أن رب العمل لايكون عادة ذا خبرة فنية فى أعمال البناء ، ولذلك حماه القانون هذه الحماية الخاصة التى رأيناها فى تحديد مدة طويلة لاختبار متانة البناء وصلابته . والمقاول والمهندس ، وهما من رجال الأعمال ذوى الخبرة الفنية ، وهما فى الوقت ذاته الجانب الأقوى فى عقود المقاولة بسبب هذه الخبرة ، يستطيعان أن يضيعا هذه الحماية على رب

= الآتى : «١ — فى المقاولات الصغيرة ، يجوز للمقاول أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن العيب أو أن يحد من مسئوليته عن ذلك . ولكن هذا الشرط يكون باطلا إذا كان المقاول قد تعمد إخفاء العيب أو ارتكب أخطاء لا تغتفر . ٢ — أما فى المقاولات الكبيرة ، فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ إلى ٨٩٦ ، كذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان» . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى وصدر الفقرة الثانية لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة ، وعدلت باقى الفقرة الثانية تعديلا لفظياً فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٨٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص لأنه يجعل الضمان من النظام العام ، فقيل تبريراً لذلك « إنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسئولية ، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون فى مسائل البناء » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٦٥٣ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨ — ص ٣٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن كان يمكن فى عهد هذا التقنين الأخذ بالحكم استئناساً بالقضاء والفقه فى فرنسا كما سنرى ، ولم يشتمل التقنين المدنى الفرنسى هو أيضاً على نص مماثل .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٨٧٠ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٦٩ : كل نص يرمى إلى نفى الضمان المنصوص عليه فى المواد السابقة أو إلى تخفيفه يكون باطلا . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

العمل لو جاز لهما اشتراط عدم المسئولية أو التخفيف منها ، بأن يدرجا في عقد المقاولة هذا الشرط فيصبح من الشروط المألوفة (clauses de style) في هذه العقود . فأراد المشرع أن يدعم الحماية التي منحها رب العمل ، فجعل أحكام الضمان من النظام العام لا يجوز الاتفاق على محوها أو على التخفيف منها . وقد ذكر ذلك أمام لجنة مجلس الشيوخ عندما اعترض على النص ، فقيل في الدفاع عنه « إنه لو حذف هذا النص سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصاً تعفيهم من المسئولية ، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون في مسائل البناء »[١] .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه . فلا يجوز أن يشترط المقاول أو المهندس في عقد المقاولة أنه بمجرد تسلم رب العمل للبناء ، تبرأ ذمة المقاول أو المهندس من الضمان عن جميع العيوب الظاهرة والخفية على السواء . وقد قدمنا أن تسلم العمل لا يعفى من الضمان إلا عن العيوب الظاهرة[٢] ، أما العيوب الخفية فلا يجوز الإعفاء من ضمانها . وكما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان ، كذلك لا يجوز الاتفاق على الحد منه ، فلا يجوز مثلا اشتراط أن يكون الضمان لمدة خمس سنوات من وقت تسلم العمل بدلا من عشر سنوات[٣] ، أو اشتراط أن يقتصر الضمان على عيوب معينة ، أو ألا يشمل الضمان عيوباً معينة ، فكل هذه اتفاقات باطلة لمخالفتها للنظام العام ، ويرجع رب العمل بالضمان كاملا عن جميع العيوب لكل مدة عشر السنوات بالرغم من أي اتفاق مخالف[٤] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٠ – وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٧ .

(٤) وفي فرنسا لا يوجد نص صريح ، كما وجد في التقنين المدني المصري الجديد ، يقضي ببطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو الحد منه . ولكن القضاء والفقه يذهبان بوجه عام إلى بطلان الاتفاق على الإعفاء من الضمان لنفس الاعتبارات التي تتعلق بالنظام العام والتي أوردناها بالنسبة إلى التقنين المصري (نقض فرنسي ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٠ – ١ – ١٦٩ – بوردو ٢١ أبريل سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٥–٢–٣٩ – باريس ٩ مارس سنة ١٩٢٧ Sem. Jur. (الأسبوع القضائي) ١٩٢٧ ص ٣٧٨ – السين ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ Sem. Jur. ١٩٢٩ – ٦٨٣ – لوزان ٢٦ فقرة ٣٣ – أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣ – Corberand فقرة ١١٨ – Minvielle فقرة ٢٨٧ وتعليقه في داللوز ١٩٣٠ – ١ – ١٦٩ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٧) .

ولكن لا يوجد ما يمنع من تشديد الضمان ، إذ أن الضمان إنما قصد به حماية رب العمل ، فليس هناك ما يحول دون أن يقوى رب العمل هذه الحماية باتفاق خاص . فيجوز اشتراط أن يبقى الضمان عن العيوب مدة تزيد على عشر سنوات بحسب جسامة المنشآت ودقة العمل فيها ، كما يجوز الاتفاق على أن الضمان يشمل العيوب الظاهرة لمدة عشر سنوات أو أقل أو أكثر ، بل يجوز الاتفاق على ضمان المقاول أو المهندس للقوة القاهرة[1] .

٧٦ — جواز نزول رب العمل عن الضمان بعد تحقق سببه : والمفروض فيما قدمناه أن الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه إنما هو اتفاق سابق على تحقق سبب الضمان ، فإنه فى ذلك الوقت يكون هناك معنى لحماية رب العمل ، إذ قد يقوده عدم خبرته إلى الاستهانة بقيمة الضمان ،

= ولما كان لا يوجد نص صريح فى فرنسا كما قدمنا ، فقد أدخل على المبدأ تعديلات كثيرة أهمها ما يأتى :

١ — يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية إذا كان رب العمل متوافراً على معلومات فنية فى مستوى معلومات المهندس المعمارى ، لأنه فى هذه الحالة لا يحتاج فى حماية القانون له أن تكون هذه الحماية من النظام العام (نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٨٣٨ سيريه ٣٨ — ١ — ٧٢٦) .

٢ — يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية عن مخالفة قوانين البناء ولوائحه ، لأن رب العمل يستطيع الإلمام بهذه القوانين (نقض فرنسى ٧ أبريل سنة ١٩٠٨ جازيت دى تريبينو ١٩٠٨ — ٢ — ٦٩ — ليون ١٦ مارس سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٣ — ٢ — ٣٩) .

٣ — يجوز الاتفاق على أن يقتصر الضمان على مدة أقل من عشر سنوات ، على أن تكون المدة المتفق عليها ليست من القصر بحيث لا تسمح لرب العمل أن يكشف العيب بحسب طبيعة العمل ومقدار وقته (نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٥ — ١ — ١٣ السين — ٦ فبراير سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٣٠٥ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٢ — ص ٤١٣) .

٤ — يجوز الاتفاق على أن يقتصر الضمان على عمل معين دون الأعمال الأخرى (باريس ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ٢ — ٥٢٢) .

٥ — الاتفاق على الإعفاء من الضمان لا يكون باطلا أصلا ، وإنما ينقل عبء الإثبات إلى رب العمل ، فإذا أثبت هذا خطأ فى جانب المقاول أو المهندس رجع عليه بالضمان (باريس ١٢ مايو سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ — ٢ — ١٧٢ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٣) .

وانظر فى المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٧ — ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أنه لما كانت مسئولية المقاول أو المهندس مسئولية عقدية ، فيمكن الإعفاء منها باتفاق خاص ، إلا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٤٢) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٤ .

ويغلبه المقاول أو المهندس — وهو الجانب الأقوى — على أمره فيدفعه إلى قبول الإعفاء من الضمان أو الحد منه على النحو الذى قدمناه .

أما بعد تحقق سبب الضمان ، وتبين رب العمل خطورة العيوب التى انكشفت ، فهو حر بعد ذلك ، وقد ثبت حقه فى الضمان ، أن ينزل عن هذا الحق كله أو بعضه ، نزولا صريحاً أو ضمنياً .

فإذا انكشف عيب فى البناء يتحقق به الضمان ، جاز لرب العمل أن ينزل صراحة عن حقه فى الرجوع على المقاول أو المهندس بسبب هذا العيب . وقد يحمل سكوت رب العمل عن الرجوع بالضمان مدة طويلة بعد انكشاف العيب نزولا ضمنياً عن حقه ، ولو كانت هذه المدة أقل من ثلاث سنوات وهى المدة التى تتقادم بها دعوى الضمان فيما قدمنا ، متى اقترن هذا السكوت بملابسات قاطعة فى أن رب العمل قصد بسكوته النزول عن الضمان . ومن هذه الملابسات أن يدفع رب العمل للمقاول أو للمهندس أجره دون تحفظ ، أو أن يقوم بإصلاح العيب دون تحفظ ودون إثبات الحالة ودون أن يدفعه إلى ذلك ضرورة الاستعجال[1] .

وقد يتهدم جزء من البناء ويظهر فى باقيه عيب ، فيرجع رب العمل بالضمان فيما يتعلق بالتهدم ، ولا يرجع بالضمان فيما يتعلق بالعيب . فهنا يكون رب العمل قد نزل عن الضمان نزولا جزئياً ، فى التهدم دون العيب .

الفرع الثانى

التزامات رب العمل

٧٧ — التزامات ثلاثة : يلتزم رب العمل نحو المقاول بالتزامات ثلاثة :

(١) تمكين المقاول من إنجاز العمل .

(٢) تسلم العمل بعد إنجازه .

(٣) دفع الأجر .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٦ ص ١١٧ — دلفو فقرة ٢٢٥ — محمد لبيب شنب فقرة ١٢٠ ص ١٤٥ .

المبحث الأول

تمكين المقاول من إنجاز العمل

٧٨ — التزام رب العمل بأنه يبذل ما فى وسعه لتمكين المقاول من إنجاز العمل : يلتزم رب العمل بأن يبذل كل ما فى وسعه لتمكين المقاول من البدء فى تنفيذ العمل ، ومن المضى فى تنفيذه حتى يتم إنجازه .

فإذا كان المقاول فى حاجة إلى رخصة للبناء للبدء فى العمل ، وجب على رب العمل أن يحصل له عليها فى الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء فى تنفيذ العمل ، وكذلك الحكم فى جميع الترخيصات الإدارية الأخرى التى يكون العمل حاجة إليها[1] .

وإذا كان العمل يحتاج للمضى فيه إلى جعل حائط الجار حائطا مشتركاً حتى يستند البناء إليه ، فعلى رب العمل أن يتفق مع الجار على أن يكون الحائط مشتركاً حتى يتمكن المقاول من المضى فى البناء[2] .

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التى تستخدم فى العمل أو بتقديم الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل ، وجب عليه أن ينفذ ما تعهد به ، وأن يقدم المواد والآلات والمعدات فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب ، حتى يتمكن المقاول من البدء فى تنفيذ العمل أو من المضى فى تنفيذه[3] .

وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقاً لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٠ — بيدان ١٢ ص ٥١٤ هامش ٥ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٠ — بيدان ١٢ ص ٥١٤ هامش ٥ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ .

(٣) جيوار ٢ فقرة ٨٢٠ — بودرى وفال فقرة ٣٩٧ — بيدان ١٢ ص ٥١٤ هامش ٥ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ .

رب العمل ، وجب على هذا تقديمها فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت المناسب. بل إذا كان العمل يحتاج إلى تدخل رب العمل الشخصى ، كأن يقف أمام الرسام المدة اللازمة لأخذ رسمه ، أو أن يجرب الحائك عليه الثوب بعد أخذ مقاساته ، أو أن يقوم رب العمل بتصحيح تجارب الكتاب المقدم للطبع ، وجب عليه أن يقوم بذلك فى الوقت المتفق عليه أو فى الوقت الذى يتطلبه العمل وفقاً لعرف الصنعة (١) .

ويلتزم رب العمل ، إلى جانب ذلك ، بترك المقاول ينجز العمل ، فلا يقيم أمامه عقبات فى سبيل ذلك ، ولا يسحب منه العمل بعد أن عهد به إليه إلا لسبب مشروع ، فهو لا يستطيع أن يرجع بإرادته وحده عن العقد ويتحلل منه إلا فى الحدود وطبقاً للشروط التى عينها القانون(٢) .

٧٩ — **جزاء الالتزام:** فإذا لم يقم رب العمل بالتزامه ، وأمكن المقاول أن يطلب التنفيذ عيناً ، كأن يحضر على نفقة رب العمل المواد والآلات والمهمات اللازمة بترخيص من القضاء ، كان له ذلك . وإذا كان تدخل رب العمل الشخصى ضرورياً ، جاز أن يلجأ المقاول إلى طريقة التهديد المالى(٣). وللمقاول فى جميع الأحوال أن يطلب التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم قيام رب العمل بالتزامه ، أو من جراء تأخره فى القيام به .

ويجوز للمقاول أخيراً أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض ، وللمحكمة أن تقدر هذا الطلب ، فإذا رأت مبرراً له قضت بفسخ العقد والتعويض ، وإلا أمهلت رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ (٤) .

---

(١) داقيد فى عقد الاستصناع ص ٦٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٤٩ — وإذا أخفى رب العمل عن المقاول أمراً من شأنه أن يجعل العمل أكثر صعوبة ، كان مسئولا عن ذلك (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨م ٥٠ ص ١٨٦) .

(٢) انظر م ٦٦٣ مدنى وسيأتى بحثها — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧١ — ولكن رب العمل لا يلتزم بداهة بأن يجعل المهندس الذى وضع التصميم هو الذى يقوم بالتنفيذ أو هو الذى يشرف عليه (بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧١) .

(٣) داقيد فى عقد الاستصناع ص ٧٣ — محمد لبيب شنب فقرة ١٢٥ ص ١٥٠ .

(٤) وتنص المادة ٦٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى : « إذا كان من الضرورة لإتمام العمل أن يقوم صاحب الأمر بشىء ما ، فيحق للصانع أن يدعوه صراحة للقيام به — وإذا لم يقم صاحب الأمر بواجبه بعد المهلة الكافية ، فالصانع يصبح مخيراً =

المبحث الثانى

تسلم العمل

٨٠ — *نص قانونى* : تنص المادة ٦٥٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه »(1) .

= بين أن يبقى على العقد أو أن يطلب حله ، ويمكنه فى الحالين أن ينال عند الاقتضاء تعويضاً عن الضرر الذى أصابه » .

وقد ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الجديد نص مماثل ، إذ تنص المادة ٨٧٧ من هذا المشروع على ما يأتى : « إذا كان تنفيذ العمل يقتضى أن يقوم رب العمل بمعاونة ما ، ورفض هذا تقديم المعاونة أو أهمل فى ذلك ، جاز للمقاول أن يكلفه بتقديمها فى أجل معقول يحدده . ٢ — فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم رب العمل بالتزامه ، جاز للمقاول أن يتحلل من العقد دون إخلال بحقه فى التعويض إن كان له محل » (مشروع تنقيح القانون المدنى — مذكرة إيضاحية — ٣ العقود المسماة ص ٤٤٨ — ص ٤٤٩ — وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها اعتبر أنه قد تسلم العمل . ٢ — على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط ، أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ٣ — ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبراء على نفقته لفحص الشىء ، على أن يدون الخبراء محضراً بأعمالهم » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الثانية والثالثة « اكتفاء بالأحكام العامة » ، وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك، اعتبر أن العمل قد سلم إليه» . وأصبحت المادة رقمها ٦٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٨٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت بعد عبارة «دعوته إلى ذلك» عبارة «بإنذار رسمى» لتتبين كيفية الدعوة على نحو يحسم المنازعات، فأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٦٥٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ على الوجه الذى عدلتها به لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ — ص ٣٥) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص تطبيق للقواعد العـامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م ٦٢١ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٥٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٧٣ — ٨٧٤ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧٠[1] .

٨١ — **تسلم العمل وتقبله** : يلتزم رب العمل بتسلمه بعد إنجازه . والتسلم هنا ليس هو مجرد التسلم الذى عرفناه فى التزام المشترى أو المستأجر بتسلم المبيع أو العين المؤجرة ، بل هو يشتمل على معنى أبعد من ذلك . فهو من جهة ، كالتسلم فى البيع والإيجار ، الاستيلاء على العمل بعد أن وضعه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٧٣ : ١ — متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت ممكن حسب المعتاد ، وأن يتسلمه إذا اقتضى الحال فى مدة وجيزة . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة أو التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه . ٢ — ولرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من الشروط أوما تقضى به أصول الفن فى هذا النوع من العمل إلى حد لا يستطيع معه أن يستعمله أولا يصح عدلا أن يجبر على قبوله . فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة ، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية المخالفة . ٣ — وإذا كان العمل يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة ، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح فى أجل مناسب يحدده ، وجاز للمقاول أن يقوم بالإصلاح فى مدة مناسبة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات باهظة .

م ٨٧٤ : ١ — إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أوكان الثمن محدداً بسعر الوحدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أوعقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل فى جملته . ويجوز للمقاول فى هذه الحالة أن يستوفى من الثمن بقدر ما أنجز من العمل . ٢ — ويفترض فيما دفع ثمنه أن معاينته قد تمت ، ما لم يتبين أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين المصرى ، وإن كانت أكثر تفصيلا) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧٠ : يجب على صاحب الأمر أن يتسلم المصنع إذا كان منطبقاً على شروط العقد ، وأن ينقله على حسابه إذا كان قابلا للنقل .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

المقاول تحت تصرفه بحيث لايوجد عائق من الاستيلاء عليه كما عرفنا ذلك في التزام المقاول بالتسلم(١) ، وهذا هو التسلم بمعناه المألوف (prise de possesion, prendre en livraison) . وهو من جهة أخرى ، وهذا هو المعنى الزائد ، تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه (réception, agrément, verification) . وهذا المعنى الزائد تقتضيه طبيعة المقاولة ، فهي تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت إبرام العقد أي لم يكن موجوداً ، فوجب عند إنجازه أن يستوثق رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لأصول الصنعة ويكون ذلك بفحصه فالموافقة عليه وهذا هو التقبل ، أما في البيع والإيجار فالعين المبيعة أو العين المؤجرة تكون غالباً عيناً معينة بالذات معروفة للمشتري أو للمستأجر ، ولايقتضي الأمر أكثر من تسلمها دون حاجة للتقبل .

والذي يقع عادة أن رب العمل يتسلمه ويتقبله في وقت واحد ، إذ هو عند تسلمه إياه يفحصه ويستوثق من أنه هو الذي قصد إليه بالتعاقد ، فيوافق عليه بتسلمه إياه . فالتسلم إذن يتضمن التقبل . ولكن لايوجد ما يمنع من أن التسلم والتقبل ينفصلان أحدهما عن الآخر ، فيسبق التقبل التسلم أويليه . يسبق التقبل والتسلم ، كما إذا فحص رب العمل العمل بعد إنجازه وهو لايزال في يد المقاول ، ويستوثق من أنه موافق لما اشترطه أولأصول الصنعة فيتقبله دون أن يتسلمه ، ومن ثم يتم التقبل قبل أن يتم التسلم . ويسبق التسلم التقبل ، كما إذا تسلم رب العمل العمل قبل إنجازه أو بعد إنجازه دون أن يفحصه ، ويرجئ فحصه إلى فرصة يتمكن فيها من وسائل الفحص ، فيتسلم العمل دون أن يتقبله ، ومن ثم يتم التسلم قبل أن يتم التقبل(٢) . وإذا انفصل التقبل عن التسلم على هذا النحو ، فالعبرة بالتقبل دون التسلم ، إذ أن ما يترتب من نتائج إنما يترتب على التقبل كما سنرى ، فهذه النتائج يعجل بها مع التقبل إذا سبق التسلم ، وتتراخى إلى التقبل إذا تأخر عن التسلم(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت دي پاليه ١٩٢٩ - ٢ - ٥٠٦ - بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ - مازو ٣ فقرة ١٣٥٤ ص ١١١٧ - أنسيكلوپيدي داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٠ - محمد لبيب شنب فقرة ١٢٧ ص ١٥٢ - وقارن استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٧ .

(٣) نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣ .

ولما كان الذى يقع عادة هو أن يقترن التقبل بالتسلم كما قدمنا ، فنحن نتكلم عن التسلم باعتباره متضمناً للتقبل دون أن نفصل بين الاثنين.

٨٢ — شروط التسلم : كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٥٥ مدنى سالفة الذكر يجرى على الوجه الآتى : « ١ — متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك . فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة رغم دعوته إليها ، اعتبر أنه قد تسلم العمل . ٢ — على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ماورد فى العقد من شروط أوما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ٣ — ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب ندب خبراء على نفقته لفحص الشىء ، على أن يدون الخبراء محضراً بأعمالهم » . وقد حذفت الفقرتان الثانية والثالثة فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالأحكام العامة » .(١) ولما كان هاتان الفقرتان ليستا إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بما اشتملتا عليه من أحكام بالرغم من حذفهما .

فيشترط إذن حتى يكون رب العمل ملتزماً بتسلمه ، والتسلم كما قدمنا يتضمن التقبل ، أن يكون العمل موافقاً للشروط المتفق عليها ، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها أو كانت هناك شروط غير كاملة ، فما تقضى به أصول الصنعة لنوع العمل محل المقاولة يحل محل الشروط المتفق عليها أويكملها إذا كانت ناقصة . وإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق ، جاز لأى منهما أن يطلب ندب خبير على نفقته لمعاينة العمل وتحرير محضر بنتيجة المعاينة . وإذا رفع الأمر للقضاء ، كان هذا المحضر محل اعتبار عند القاضى ، إذا رأى أن يكتفى به ولم يعارض الطرف الآخر فعل ، وإلا عين خبيراً آخر ، أوقضى وفقاً لما يتبين له من ظروف القضية ومستنداتها.

ويجب أن تكون المخالفة للشروط أو لأصول الصنعة التى تبرر عدم التزام رب العمل بالتسلم جسيمة إلى حد أنه لا يجوز عدلا إلزامه بالتسلم ، إذ يكون العمل غير صالح للغرض المقصود منه كما يتبين من ظروف التعاقد . فإذا لم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ — ص ٣٤ — وانظر آنفاً فقرة ٨٠ فى الهامش .

تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة ، بقى رب العمل ملتزماً بالتسلم ، وإنما يكون له الحق إما فى طلب تخفيض الأجرة بما يتناسب مع أهمية المخالفة ، أو فى طلب تعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء المخالفة . وفى جميع الأحوال يجوز للمقاول ، إذا كان العمل يمكن إصلاحه ، أن يقوم بهذا الإصلاح فى مدة مناسبة ، كما يجوز لرب العمل أن يلزم المقاول بذلك إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة(١) .

٨٣ — متى يكون التسلم وأين يكون : لما كان التسلم وهو التزام فى ذمة رب العمل يقابل التسليم وهو التزام فى ذمة المقاول ، فالتسلم يقع عادة فى الزمان والمكان اللذين يقع فيهما التسليم ، إذ التسليم هو وضع العمل تحت تصرف رب العمل دون عائق والتسلم هو استيلاء رب العمل عليه بعد أن يوضع تحت تصرفه .

فيكون التسلم فى الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً

---

(١) انظر فى هذا المعنى م٨٧٣/٢و٣ معه التقنين المدنى العراقى آنفاً فقرة ٨٠ فى الهامش — وقد تضمن المشروع التمهيدى أيضاً نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٧٥ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — يجوز لرب العمل أن يمتنع عن التسلم إذا بلغ ما فى الشىء من عيب أو مخالفة للمتفق عليه حداً لا يستطيع معه أن يستعمله أو لا يصح عدلا أن يجبر على تسلمه . ٢ — فإذا لم يبلغ العيب هذا الحد من الجسامة ، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية العيب . ٣ — أما إذا كان العيب مما يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة ، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح فى أجل معقول يحدده ، وجاز أيضاً للمقاول أن يصلح العيب فى مدة معقولة ، إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات ذات قيمة » . ثم نصت المادة ٨٧٦ من المشروع التمهيدى على ما يأتى : « ليس لرب العمل ، فيما عدا الاستثناء المنصوص عليه فى المادة ٨٩٢ (عدم إعفاء المقاول من المسئولية بالرغم من إخطاره رب العمل بما ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل) ، أن يتمسك بالحقوق التى تقررها المادة السابقة ، إذا كان هو المتسبب فى إحداث العيب ، سواء أكان ذلك بإصداره أوامر تخالف رأى المقاول أم كان ذلك بأية طريقة أخرى» . انظر فى هاتين المادتين مشروع تنقيح القانون المدنى — مذكرة إيضاحية — ٣ العقود المسماة ص ٤٤٦ — ص ٤٤٨ — وقد سقطت المادتان من مجموعة الأعمال التحضيرية .

وكذلك نصت المادة ٨٩٣ من المشروع التمهيدى على ما يأتى : « إذا أقيم بناء على أرض مملوكة لرب العمل ، وكانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامة الحد المنصوص عنه فى المادة ٨٧٥ ، ولكن إزالته يترتب عليها أضرار بالغة ، فليس لرب العمل إلا أن يتخذ الإجراءات المنصوص عنها فى الفقرة الثالثة من المادة المذكورة » (مشروع تنقيح القانون المدنى — مذكرة إيضاحية — ٣ العقود المسماة ص ٤٦٢ ، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

لطبيعته ولعرف الحرفة[1] . وفى جميع الأحوال يجب على رب العمل أن يقوم بتنفيذ التزامه من التسلم (والتقبل) بمجرد أن يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرفه ، أى يسلمه إياه ، إذ الواجب عندئذ – كما يقول المشروع التمهيدى للمادة ١/٨٧٢ مدنى[2] – أن يبادر رب العمل « إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة إذا اقتضى الأمر ذلك » .

ويكون التسلم فى مكان التسليم . وقد قدمنا أن التسليم يكون فى المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق ففى المكان الذى يحدده عرف الصنعة . وفى العقار يكون التسليم والتسلم فى المكان الذى يوجد فيه العقار . وفى المنقول ، إذا لم يوجد اتفاق أوعرف ، يكون التسليم والتسلم فى موطن المقاول أوفى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله لأن العمل الذى تم يدخل غالباً ضمن هذه الأعمال[3] .

٨٤ – *كيف يكون التسلم* : يكون التسلم باستيلاء رب العمل عليه وفقاً لطبيعته ، وقد بينا ذلك تفصيلا عند الكلام فى كيفية التسليم[4]. وإذا كان العمل فى حيازة رب العمل منذ البداية ، كما إذا قام سباك بتصليح مواسير المياه وهى فى مكانها دون أن تنتقل من حيازة رب العمل ، فالتسلم يكون بانتفاع رب العمل بالمواسير بعد تصليحها ، فإن هذا يفيد ضمناً أنه تقبلها[5].

وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أوكان الأجر محدداً بسعر الوحدة ، كما إذا كان المقاول قد تعهد بصنع اثنى عشر كرسياً أو تعهد بصنع أثاث غرفة الطعام وحدد للمائدة أجرها ولكراسى المائدة ولسائر قطع الأثاث الأجر المستحق ، فإن التسلم يجوز أن يكون مجزأ . فيجوز لكل من المقاول

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٨٢ وفقرة ٨٠ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٥) وكما يكون التقبل الضمنى باستعمال الشىء المصنوع مدة كافية ، يكون كذلك بإدماجه فى شىء آخر ، أو التصرف فيه ، أودفع الأجر بعد معاينة العمل دون إبداء أى تحفظ (دلقو فقرة ٢١١ ص ١٧٦ – ص ١٧٨ – محمد لبيب شنب فقرة ١٢٧ ص ١٥٢) .

ورب العمل أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل كرسى أو عقب إنجاز كل قطعة من قطع الأثاث ، فإذا ما تم التسلم كان للمقاول أن يستوفى من الأجر بقدر ما أنجز من العمل[١] . والمفروض أن رب العمل إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل ، يكون قد عاين هذا الجزء أو الأجزاء وتقبلها ، وذلك ما لم يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول تحت الحساب[٢] . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ – إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة ، أو كان الثمن محدداً بسعر الوحدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يسلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل فى جملته . ويجوز للمقاول فى هذه الحالة أن يستوفى من الثمن بقدر ما أنجز من العمل . ٢ – ويفترض فيما دفع دفع ثمنه أن معاينته قد تمت ، ما لم يتبين أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب »[٣] .

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٧٩٥ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٧٣ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧١ – محمد لبيب شنب فقرة ١٢٧ ص ١٥٣ .

(٢) ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٤ – ديڤرچييه ٢ فقرة ٣٤٥ – أوبرى ورووإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ هامش ٩ .

ويعتبر مدفوعاً تحت الحساب ما يدفع عما يتم إثباته فى أعمال المقاولات الكبرى من بيانات دورية عن حالة العمل . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٩٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « خلافاً لما تقضى به المادة ٨٧٢ (م٦٥٥ مدنى) لا يعتبر ما يتم إثباته فى أعمال المقاولات الكبرى من بيانات شهرية أو دورية عن حالة العمل إلا بيانات مؤقتة . ويعتبر كل ما يدفع عندئذ مدفوعاً على الحساب . كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » (مشروع تنقيح القانون المدنى – مذكرة إيضاحية – ٣ العقود المسماة ص ٤٦٢ ، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) . وكان التقنين المدنى القديم يتضمن أيضاً نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٤١٢/٥٠٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « لا ينقطع حساب المقاولة إلا بعد تمام العمل ، وكل حساب معمول فى خلال الأشغال يعتبر موقتاً ، وكل ما دفع فى خلال مدة الأشغال يخصم من أصل مبلغ المقاولة ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك » .

(٣) مشروع تنقيح القانون المدنى – مذكرة إيضاحية – ٣ العقود المسماة ص ٤٤٥ – وقد سقط هذا النص من مجموعة الأعمال التحضيرية . وانظر أيضاً نفس هذا النص فى المادة ٨٧٤ من التقنين المدنى العراقى آنفاً فقرة ٨٠ فى الهامش – وانظر المادة ١٧٩١ من التقنين المدنى الفرنسى.

٨٥ — **النتائج التى تترتب على التسلم** : ومن أهم النتائج التى تترتب على التسلم ، أو بمعنى أدق على التقبل ، ما يأتى :

١ — تنتقل ملكية الشىء المصنوع ، إذا كان المقاول هو الذى ورد المادة التى استخدمها فى العمل ، إلى رب العمل من وقت التقبل[١] .

٢ — يستحق دفع الأجرة عند تقبل العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك[٢] .

٣ — ينتقل تحمل تبعة العمل من المقاول إلى رب العمل من وقت التسلم أو التقبل ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا[٣] .

٤ — من وقت التقبل لا يضمن المقاول العيوب الظاهرة التى كان يمكن كشفها بالفحص العادى . ومن هذا الوقت أيضاً تسرى المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الصناعة فى ضمان العيوب الخفية . وقد سبق تفصيل ذلك[٤] .

٨٦ — **جزاء الالتزام بالتسلم** : وإذا لم يقم رب العمل بالتزامه من تسلم العمل وتقبله فى الميعاد القانونى ، كان للمقاول أن يجبره على تنفيذ التزامه عيناً . ويجوز أن يلجأ فى ذلك إلى وسيلة التهديد المالى . على أن العبارة الأخيرة من المادة ٦٥٥ مدنى سالفة الذكر ترسم طريقة عملية للتنفيذ العينى ، فتقول كما رأينا : « فإذا امتنع (رب العمل) دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه » . فما على المقاول ، بعد أن ينجز العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل دون عائق ، إذ رأى أن هذا الأخير قد تلكأ فى معاينة العمل ليتقبله ويتسلمه ، أن يعذره بالتسلم عن طريق إنذار رسمى على يد محضر ويحدد ميعاداً معقولا لذلك ، فإذا مضى الميعاد اعتبر رب العمل قد تسلم العمل حكماً حتى لو لم يتسلمه حقيقة . ويترتب على هذا التسلم الحكمى جميع النتائج التى تترتب على التسلم الحقيقى ، فتنتقل ملكية الشىء المصنوع إلى رب العمل ، ويستحق دفع الأجر ، وينتقل تحمل التبعة إلى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ فى الهامش .
(٢) انظر م ٦٥٦ مدنى وسيأتى بحثها .
(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٣ .
(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

رب العمل ، وتبرأ ذمة المقاول من العيوب الظاهرة ويبدأ سريان ميعاد ضمان العيوب الخفية .

ويمكن ، فوق ذلك وتطبيقاً للقواعد العامة ، أن يلجأ المقاول إلى العرض الحقيقي ، وقد رسمت طريقة المواد ٣٣٤ إلى ٣٣٧ مدنى[1]. فتنص المادة ٣٣٤ مدنى على أنه « إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أورفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أوأعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمى». وتنص المادة ٣٣٥ مدنى على أنه « إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أوتلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر » . وتنص المادة ٣٣٦ مدنى على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه . فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة » . وتنص المادة ٣٣٧ مدنى على أنه « ١ — يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنى الأشياء التى يسرع إليها التلف ، أوالتى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة. ٢ — فإذا كان الشيء له سعر معروف فى الأسواق ، أو كان التعامل فيه متداولا فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف ».[2] وغنى عن البيان أن للمقاول ، بعد بيع الشيء ، أن يستوفى أجره من الثمن وكذلك التعويضات المستحقة ، ويودع الباقى خزانة المحكمة[3].

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٢٦ ص ١٥١ .

(٢) انظر فى شرح هذه النصوص الوسيط ٣ فقرة ٤٢٩ وما بعدها .

(٣) وفى فرنسا صدر قانون فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ يجيز للمقاول ، الذى تسلم من رب العمل منقولا للعمل فيه أولإصلاحه أولتنظيفه ، أن يبيعه إذا انقضت سنتان دون أن يتسلمه رب العمل . ويكون البيع فى المزاد العلنى ، ويسدد أجر المقاول من الثمن ، ويودع الباقى صندوق الودائع . ولرب العمل أن يعارض فى البيع أمام قاضى الصلح ، وعلى هذا أن يبت فى المعارضة فى أقصر مدة ممكنة (بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٦٦ مكررة — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣١ ص ١٧٠) .

وقد يقع أن يكون للمقاول مصلحة ، عند امتناع رب العمل عن تنفيذ التزامه من تسلم العمل ، فى فسخ العقد . ويكون ذلك مثلاإذا رأى المقاول أن فى إمكانه بيع الشيء المصنوع لغير رب العمل بثمن أعلى ، فيربح من وراء هذه الصفقة . وفى هذه الحالة يجوز له ، بعد إعذار رب العمل بالتسلم ، أن يطلب من القضاء فسخ عقد المقاولة حتى يتحلل من واجب التسليم ، ويستطيع بعد ذلك أن يحقق لنفسه هذه الصفقة الرابحة .

المبحث الثالث

دفع الأجر

٨٧ — **مسألتان** : سبق أن بحثنا الأجر كركن فى عقد المقاولة[١]، والآن نبحثه كالتزام فى ذمة رب العمل . ونبحث فى الالتزام بدفع الأجر مسألتين : (١) ما الذى يجب أن يدفع . (٢) طرفى الدفع وزمانه ومكانه وضماناته .

المطلب الأول

ما الذى يجب أن يدفع

٨٨ — **ضرورة وجود الأجر** : قدمنا عند الكلام فى الأجر كركن من أركان عقد المقاولة أن الأجر لابد من وجوده ، وإلاكان العقد من عقود التبرع ، فلايعتبر مقاولة بل يكون عقداً غير مسمى[٢].

على أنه ليس من الضرورى أن يكون هناك اتفاق صريح على مقدار الأجر ، بل ولا على وجود الأجر فى ذاته . فسنرى أنه إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر ، تولى القانون تحديد هذا المقدار (م٦٥٩ مدنى) . وكذلك إذا لم يكن هناك اتفاق على وجود الأجر فى ذاته ، قد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من ظروف التعاقد ، وبخاصة من أهمية العمل الذى يصنع ومهنة من يقوم بصنعه . فإذا تعاقد شخص مع مقاول لبناء منزل ، فأهمية العمل ومهنة

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠ — فقرة ٣٢ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠ .

المقاول يتضافران فى دلالتهما على أن هذا العمل ماكان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، فيجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون العمل بأجر. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٨١ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا تبين من الظروف أن العمل المدعى بصنعه ماكان ليتم إلا لقاء أجر يقابله ، وجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن يكون العمل بأجر » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »(١). ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً لهذه القواعد، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه(٢) .

ويمكن القول بوجه عام أن أصحاب المهن الحرة ، كالطبيب والمهندس والمحامى والمحاسب ، يعملون بأجر ، فإذا تعاقد العميل مع أحد منهم فالمفروض أن العمل يكون بأجر حتى لو سكت المتعاقدان ولم يذكرا أى شىء عن الأجر. وقد طبقت المادة ٦٦٠ مدنى هذا المبدأ على المهندس المعمارى ، إذ تنص الفقرتان الأولى والثانية من هذه المادة على أنه « ١ – يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال . ٢ – فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى» . وسنعود إلى أجر المهندس المعمارى بالتفصيل فيما يلى(٣). وكذلك المحامى ، فإن قانون المحاماة أورد من النصوص ما يكفل له تقدير أجره ، عندما لايكون هناك اتفاق بينه وبين موكله على الأتعاب ، وسنعرض لذلك عند الكلام فى الوكالة(٤) لأن العنصر الغالب فى التعاقد مع المحامى هو عنصر التوكيل كما سبق القول .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥ فى الهامش – وانظر آنفاً فقرة ٣٠ فى الهامش .

(٢) وقد نصت المادة ٦٣١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى : « يقدر اشتراط الأجر أو البدل فى الأحوال الآتية – ما لم يقم دليل على العكس : أولا – عند إتمام عمل ليس من المعتاد إجراؤه بلا مقابل . ثانياً – إذا كان العمل داخلا فى مهنة من يقوم به . ثالثاً – إذا كان العمل تجارياً أوقام به تاجر فى أثناء ممارسة تجارته » (انظر آنفاً فقرة ٣٠ فى الهامش) .

(٣) انظر فقرة ١٠٥ وما بعدها .

(٤) انظر ما يلى فقرة ٢٨٠ .

٨٩ — *عدم ضرورة تعيين مقدار الأجر* : وإذا كان وجود الأجر ضرورياً فى عقد المقاولة ، فإنه ليس من الضرورى تعيين مقدار الأجر. وقد قدمنا عند الكلام فى الأجر كركن فى المقاولة أنه لايشترط أن يعين التعاقدان مقداره ، فإذا لم يعينا المقدار تكفل القانون بهذا التعيين كما سنرى. وذكرنا أن ركن الأجر فى هذه الناحية يختلف عن ركنى التراضى والعمل ، فهذان ركنان يجب أن يعينهما المتعاقدان فى عقد المقاولة ، وإلا كان العقد باطلا(١). ويختلف ركن الأجر فى المقاولة أيضاً عن ركن الثمن فى البيع ، فالثمن لابد من تعيين مقداره فى عقد البيع أو فى القليل جعل هذا المقدار قابلا للتعيين ، ولاشأن للقانون بتعيين مقدار الثمن . وذلك بخلاف الأجر فى المقاولة والأجرة فى الإيجار ، فإن القانون عند سكوت المتعاقدين يتكفل بتعيين مقدارهما .

٩٠ — *كيف يعين مقدار الأجر عند الاتفاق على تعيينه* — *نص قانونى* : تنص المادة ٦٥٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول »(٢) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا لم يحدد الثمن سلفاً ، أو حدد على وجه تقريبى ، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول » . وفى لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو حدد على وجه تقريبى » ، ووضع بدل لفظ « الثمن » لفظ « الأجر » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٨٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥ — ص ٤٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٠ : ١ — إذا لم تحدد الأجرة سلفاً أو حددت على وجه تقريبى وجب الرجوع فى تحديدها إلى قيمة العمل ونفقات المقاول . ٢ — ويجب اعتبار أن هناك اتفاقاً ضمنياً على وجوب الأجر ، إذا تبين من الظروف أن الشىء أو العمل الموصى به ما كان ليؤدى إلا لقاء أجر يقابله . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

وقد قدمنا عند الكلام في الأجر كركن فى المقاولة أنه يجب التميز بين عدم الاتفاق على مقدار الأجر إذ يتكفل القانون فى هذه الحالة بتحديد هذا المقدار كما رأينا ، وبين أن يعرض المتعاقدان للأجر ويعجزا عن الاتفاق على مقداره وفى هذه الحالة تكون المقاولة باطلة لانعدام أحد أركانها[١] .

ونحن هنا فى صدد الفرض الأول ، وهو أن يسكت المتعاقدان عن تعيين مقدار الأجر ، فيتكفل القانون بتعيين هذا المقدار . ويخلص من نص المادة ٦٥٩ مدنى سالفة الذكر أن تعيين مقدار الأجر فى هذه الحالة يقوم على عنصرين : قيمة العمل الذى أتمه المقاول ، وما تكبده من نفقات فى إنجازه . وعند الخلاف يعين القاضى مقدار الأجر مسترشداً بهذين العنصرين ، ويسترشد بوجه خاص بالعرف الجارى فى الصنعة فى تحديد قيمة العمل . ويدخل فى الحساب طبيعة العمل ، فقد يكون معقداً فى حاجة إلى مهارة فنية كبيرة ، وقد يتضمن تبعات جساما ومسئوليات يتعرض لها المقاول . ويدخل طبعاً فى الحساب كمية العمل ، والوقت الذى استغرقه إنجازه ، ومؤهلات المقاول وكفايته الفنية وسمعته[٢] . وتشمل نفقات المقاول أثمان المواد التى استخدمت فى العمل ، وأجور العمال ، وغير ذلك من النفقات التى صرفها فعلا لإنجاز العمل . وقد يتكفل عرف المهنة بتحديد مقدار الأجر . فالحائك أجره متعارف عليه فى السوق ، تبعاً لسمعته ومهارته[٣] ، والحجام ، والكواء ، والسباك ، والنجار ، والنقاش إلخ إلخ . وأجر الطبيب يتحدد تبعاً لعرف مهنة الطب ، ويسترشد فى ذلك بسمعة الطبيب ومهارته الفنية وطبيعة العلاج أو العملية الجراحية ، وثروة المريض . وأجر المهندس المعمارى عن وضع التصميم والمقايسة غير أجره عن الإشراف على تنفيذ الأعمال (م ٦٦٠ مدنى) .

= تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٣٢ : إذا لم يعقد اتفاق على تعيين الأجر أو بدل العمل ، فيعين بحسب العرف . وإذا كانت هناك تعريفة أو رسم ، وجب تطبيقهما . (وأحكام التقنين اللبنانى قريبة من أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧ – دلقو فقرة ١٨ – محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص ٦٨ – ص ٦٩ .

(٣) بوتييه فقرة ٣٩٧ – جيوار ٢ فقرة ٦٨٩ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٧٥ .

وتعيين القاضى مقدار الأجر على النحو الذى بيناه هو فصل فى مسألة موضوعية ، فلا رقابة عليه لمحكمة النقض[1] .

٩١ — **توابع الأجر** : وسواء اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر أو تكفل القاضى بتعيين هذا المقدار ، فإن للأجر توابع يجب أن تضاف إليه ، ويلتزم رب العمل بدفعها كما يلتزم بدفع الأجر نفسه .

فنفقات دفع الأجر ، إذا كان دفعه يقتضى نفقات خاصة ، تكون على رب العمل . مثل ذلك أن يكون مشترطاً أن يكون الدفع بطريق حوالة بريدية أو بواسطة تحويل على مصرف ، فتكون مصروفات الحوالة أو التحويل على رب العمل . كذلك نفقات فحص حساب المقاول وتسوية الحساب ، سواء عهد رب العمل بذلك إلى مهندس معمارى أو إلى أى شخص آخر ، تكون على رب العمل .

أما فوائد الأجر فتسرى فى شأنها القواعد العامة ، فلا تكون هذه الفوائد مستحقة فى ذمة رب العمل إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م٢٢٦ مدنى) . ولا شأن لتسليم العمل فى ذلك ، فقد تستحق الفوائد قبل تسليم العمل إذا كان الأجر مستحقاً قبل التسليم وطالب المقاول به هو وفوائده مطالبة قضائية ، وقد تستحق الفوائد بعد تسليم العمل ، إذا لم يطالب بها المقاول مطالبة قضائية إلا بعد التسليم . على أنه إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة التى استخدمت فى العمل وكان للمادة قيمة محسوسة ، فقد قدمنا أن العقد يكون فى هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه ، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها[2] . ويترتب على ذلك أن الجزء من الأجر المقابل للمادة يعتبر ثمناً لها ، وتسرى على فوائده القواعد المقررة فى فوائد الثمن . وتنص المادة ١/٤٥٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو سلم الشيء

---

(١) نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٩٥٨ داللوز ١٩٥٨ — ٤٩٥ — بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٨٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩١٥ ص ١٥٢ — محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص ٧١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ فى آخرها .

المبيع وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أوإيرادات أخرى ، هذا مالم يوجد اتفاق أوعرف يقضي بغيره » . ويستخلص من هذا النص أن للمقاول الحق في فوائد الجزء من الأجر المقابل للمادة التي قدمها من وقت إعذار رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده ولاضرورة للمطالبة القضائية ، أومن وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل[1].

٩٢ — *مقدار الأجر المتفق عليه لا يجوز تعديله* : وفي الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على مقدار الأجر أوعلى الأسس التي يقوم عليها التقدير ، لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أوبالإنقاص إلا باتفاق الطرفين[2]، ولايجوز لأحد منهما أن يستقل بالتعديل ، وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد (م ١٤٧ مدني)[3] . ويختلف أجر المقاول في ذلك عن أجر

---

(١) انظر في هذا المعنى جيوار ٢ فقرة ٨١٤ وفقرة ٨٢١ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ — نقض فرنسي ١٩ يوليه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢ — ١ — ١٨ — وانظر عكس ذلك وأن الفوائد لا تستحق في هذه الحالة من وقت التسليم بل تسرى قواعد المقاولة فتسرى من وقت المطالبة القضائية بها : لوران ٢٦ فقرة ١٥ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠١٧ — محمد لبيب شنب فقرة ١٢٩ ص ١٥٤ .

ومن توابع الأجر النفحة (gratification) التي يعد بها رب العمل الصانع فوق أجره ، فهذه يلتزم رب العمل بدفعها ، ما لم يثبت أن عمل الصانع لم يكن مرضياً (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٥) .

(٢) وكذلك لا يجوز تعليق دفع الأجر على تقاضي رب العمل تعويضاً عما أصابه من ضرر بخطأ الغير في العمل الذي أنجزه المقاول ، فإن العلاقة ما بين رب العمل والمقاول ويحكمها عقد المقاولة غير العلاقة ما بين رب العمل والغير الذي أحدث الضرر وتحكمها المسئولية التقصيرية (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Lonage d'ouv. et d'ind. فقرة ٧٧) .

(٣) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٩٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧٠ — محمد كامل مرسي فقرة ٦١٤ ص ٥١٧ — محمد لبيب شنب فقرة ١٣٥ — على أنه إذا وقع خطأ مادي في حساب الأجر فإنه يجب تصحيح هذا الخطأ بالزيادة أو بالإنقاص ، كما لو وقع خطأ في حساب الأعمال التي تمت أو في الأسعار وفقاً لما جاء في المقايسة (نقض مدني ٧ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٨ ص ٩٢٣ — استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ — محمد لبيب شنب فقرة ١٣٦ ص ١٦٣) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يحسن تدخل المشرع وجعل أجر المقاولة قابلا للتخفيض إذا وقعت فيه مغالاة ، نظراً لأن المقاول أو المهندس رجل فني وهو أقوى كثيراً من رب العمل الذي تنقصه الخبرة والتجارب ، وذلك بدلا من أن يلجأ القضاء إلى التحايل فيتلمس في قواعد عقد الوكالة أو في عيوب الإرادة ما يسمح له بإنقاص الأجر (محمد لبيب شنب فقرة ١٣٦) .

الوكيل ، فإن أجر الوكيل خاضع لتقدير القاضى ولو كان المقدار متفقاً عليه بين المتعاقدين (م ٧٠٩/٢ مدنى) .

وقد رأينا عند تمييز المقاولة عن الوكالة أن العقد قد يقع على مزيج من الأعمال المادية والتصرفات القانونية ، كما هى الحال فى المحامى والمهندس المعمارى ، فيكون العقد مقاولة فيما يتعلق بالأعمال المادية ووكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية[١] ، ومن ثم تطبق أحكام المقاولة وأحكام الوكالة فيجوز تخفيض الأجر فى الجزء المتعلق بأعمال الوكالة دون الجزء المتعلق بأعمال المقاولة[٢] . فإذا تعذر تعيين جزء من الأجر لأعمال الوكالة وجزء آخر لأعمال المقاولة ، نظر إلى العنصر الغالب ، فيكون العقد وكالة فيما يتعلق بالمحامى ويجوز تخفيض أجره ، ومقاولة بالنسبة الى المهندس ولايجوز تخفيض الأجر[٣] .

٩٣ — *استثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه* : على أنه استثناء من القاعدة المتقدم ذكرها من أنه لا تجوز مراجعة الأجر المتفق عليه إلا باتفاق الطرفين معاً ، توجد أحوال ثلاثة يجوز فى بعض صورها تعديل الأجر بالزيادة أو بالنقص دون حاجة لاتفاق الطرفين . وهذه الأحوال الثلاث هى :

١ — الاتفاق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، فتجوز زيادة الأجر بشروط معينة إذا اضطر المقاول إلى مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة (م ٦٥٧ مدنى) .

٢ — الاتفاق على أجر إجمالى على أساس تصميم معين ، فلا تجوز زيادة الأجرة إلا إذا حصل فى التصميم تعديل أو إضافة وكان ذلك راجعاً إلى خطأ رب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥ .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ — ديچون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥—٢—٥٥ — السين ١٩ يوليه سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٤ — ١ — Suppl. ٦ — ٤ فبراير سنة ١٩٠٥ Le Droit ١٠ سبتمبر سنة١٩٠٥—عكس ذلك بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٧٤

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥ — وفى فرنسا لا يجوز تخفيض أجر المقاول المتفق عليه إطلاقاً ، وذلك طبقاً لأحكام المادة ٨ من دكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ وهو الدكريتو الخاص بواجبات المهندس المعمارى (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٥/٤١ — بلانيول وريبير ورواست ١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١) .

العمل ، أو إلا إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة (م ٦٥٨ مدنى) .

٣ ــ أجر المهندس المعمارى ، فيجوز إنقاصه فى صورة ما إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه (م ٦٦٠ مدنى)(١) .

فنستعرض هذه الأحوال الثلاث متعاقبة ، لنتبين فى أية صورة من صور كل منها تجوز زيادة الأجر أو إنقاصه .

§ ١ ــ الاتفاق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة

٩٤ ــ *نص قانونى* : تنص المادة ٦٥٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ــ إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات » .

« ٢ ــ فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل »(٢) .

---

(١) ولا يعد استثناء أن يخفض الأجر بسبب فسخ العقد قبل إنجاز العمل ، كأن يتحلل رب العمل من المقاولة طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى أو ينتهى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد طبقاً لأحكام المادة ٦٦٦ مدنى ، ففى هذه الأحوال يخفض الأجر بما يجعله مناسباً لما أنجز من العمل كما سنرى ــ وقد نصت المادة ٦٧٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى : « إذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين ، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذى أتمه ، مع الاحتفاظ بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التى قدمها » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٧٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ ــ إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن . فإن لم يفعل ، =

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ويمكن القول إن النص يقرر أحكاماً تتفق مع النية المحتملة للمتعاقدين ، فهو من هذه الناحية لايخرج على القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى ٦٢٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٥٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٧٩ – إلا مقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[1] .

= سقط حقه فى استرداد ما جاوزبه قيمة المقايسة من نفقات. ٢–فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل بأن يتحلل من العقد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إعطاء المقاول التعويضات المنصوص عليها فى المادة ٨٨٥ إلا ما تعلق منها بمافاته من كسب » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . وأصبح رقم المادة ٦٨٦ فى المشروع النهائى . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل صدر الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقررة مجاوزة محسوسة » ، وذلك لأن النص الأصلى قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هو مجاوزة السعر الوارد فى المقايسة ، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٦٨٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية باستبدال عبارة « مع إبقاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » بعبارة « مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه عن الأعمال دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » ، وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد ، دون الزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها المقاول بمجاوزة المتوقع من قيمة المقايسة ، فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المقاولة تنفيذا جزئياً . وقد صار النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٦٥٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٧ – ص ٤٠) .

[1] التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٧٩ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل (ولكن النص كما قدمنا لا يخرج على القواعد العامة) .

٩٥ — شروط ثلاثة لانطباق النص : ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى ينطبق :

(الشرط الأول) أن يكون الأجر فى المقاولة متفقاً عليه بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة (marché sur devis) . فإذا كان مقدار الأجر غير متفق عليه أصلا ، أوكان متفقاً عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين (marché à forfait) ، فإن النص لا ينطبق . والحكمة فى ذلك أنه فى حالة ما إذا لم يتفق على مقدار الأجر ، فقد قدمنا أن هذا المقدار يتكفل بتعيينه القاضى ، فلا محل للبحث فيما إذا كان يزيد أو ينقص لأنه غير معين المقدار منذ البداية . وإذا كان الأجر أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين ، فإنه لا يزيد ولا ينقص ، كما سنرى ، لتعديل فى التصميم أو لزيادة فى الأسعار ، إلا فى ظروف خاصة وبشروط معينة سيأتى ذكرها عند بحث هذه الحالة . فالواجب إذن أن يكون الأجر مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة ، حيث يقتضى ذلك أن يتفاوت الأجر بحسب كمية الأعمال التى تمت ، فلا يكون فى زيادة الأجر إذا اقتضى الأمر ذلك على ما سنرى ما يخالف طبيعة الاتفاق .

(الشرط الثانى) مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفاً وقت العقد . والمقصود بمجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة مجاوزة كميات الأعمال المقدرة فى المقايسة ، لا مجاوزة أسعارها . فإذا ورد فى المقايسة مثلا كميات معينة للأعمال الخاصة بالأساس ، ثم رأى المقاول عند حفر الأساس أنه يجب تعميقه أكثر مما قدر فى المقايسة وأن هذا التعميق تقتضى كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد فى المقايسة ، فتلك هى المجاوزة المحسوسة التى يقتضيها الشرط الثانى . أما إذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فلا يعتد بها ، والعبرة بالأسعار الواردة فى المقايسة إذ المفروض أنها وضعت بعد أن دخل فى الاعتبار كل الاحتمالات المعقولة لتغير الأسعار ، ومن الممكن النص صراحة على ربط هذه الأسعار بأسعار السوق الفعلية فيما إذا زادت هذه الأسعار الأخيرة أو نقصت بنسبة معينة . وعلى كل حال لا يقام لزيادة الأسعار الفعلية عن الأسعار الواردة فى المقايسة وزن إلا فى حدود نظرية الظروف الطارئة مطبقة فى مبدأها العام ، لا فى صورتها الخاصة الواردة فى الحالة الثانية

المتعلقة بالاتفاق على أجر إجمالى للمقاولة على أساس تصميم معين وهى الصورة التى سنتولى تفصيلها فيما يلى . والذى يدل على أن المقصود بالمجاوزة المحسوسة هى المجاوزة فى الكم لا المجاوزة فى السعر أن المشروع التمهيدى لصدر الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى : « إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة مجاوزة محسوسة . . » . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل هذا النص على الوجه الآتى : « إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أنه من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة . . » . وقيل فى اللجنة ، تبريراً لاستبدال عبارة « مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة » بعبارة مجاوزة المصروفات المقدرة فى المقايسة مجاوزة محسوسة » ما يأتى : « إن النص الأصلى قد ينصرف معناه إلى أن المقصود بالمجاوزة هو مجاوزة السعر الوارد فى المقايسة ، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر » .(1) ولا بد أن تكون مجاوزة الكم مجاوزة محسوسة كما هو صريح النص ، فإذا لم تكن محسوسة بأن زاد الكم زيادة طفيفة ، وجبت زيادة الأجر بما يقابل هذه الزيادة ولا خيار لرب العمل . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة فيعتد بها أوغير محسوسة فلاتكون محل اعتبار ، وتقديره لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

ولايكفى أن تكون الزيادة محسوسة ، بل يجب أيضاً ألاّ تكون متوقعة وقت إبرام عقد المقاولة . ويفهم ذلك من سياق النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى كما رأينا : « . . . وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة . . » . ومؤدى ذلك أن المجاوزة المحسوسة لم تكن متبينة عند إبرام عقد المقاولة ، وإنما تبينت فى أثناء العمل . فإذا كانت المجاوزة متوقعة عند إبرام عقد المقاولة أو كان من الممكن توقعها ، زاد الأجر بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل .

(الشرط الثالث) أن يخطر المقاول بمجرد تبينه للزيادة رب العمل بذلك. وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدنى فى هذا المعنى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٧ — ص ٣٩ — وانظر آنفاً فقرة ٩٤ فى الهامش .

كما رأينا : « وجب على المقاول أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ماجاوز به قيمة المقايسة من نفقات » . فالواجب إذن أن يخطر المقاول رب العمل بما يتوقعه من زيادة . ولم يشترط النص شكلا خاصاً لهذا الإخطار ، ولاميعاداً معيناً يجب أن يتم فيه . ولذلك يجوز أن يكون الإخطار على يد محضر ، أو بكتاب مسجل ، أوبكتاب عادى ، أوشفوياً ، وعلى المقاول عبء إثبات أن الإخطار قد تم . ويجب أن يتم الإخطار فور تبين المقاول للزيادة ، فإذا سكت عن الإخطار بعد تبينه الزيادة مدة لامبرر لها ، حمل ذلك على أنه قد نزل نزولا ضمنياً عن حقه فى استرداد قيمة الزيادة ، وبقى الأجر كما جاء فى المقايسة دون تعديل . ويجب أن يشتمل الإخطار على مقدار ما يتوقعه المقاول من الزيادة فى الكم وما يستتبع ذلك من زيادة فى الأجر ، ويتقيد بما ذكره فى الإخطار ، فإن تبين بعد ذلك أن المجاوزة تزيد على ما قدر ، فالعبرة بمقدار الزيادة التى ذكرها فى الإخطار لا بمقدار الزيادة الفعلية . ومن ثم يحسن بالمقاول أن يحتاط ، ويكتفى فى الإخطار بذكر الأسس التى تقوم عليها الزيادة المتوقعة دون أن يذكر رقماً معيناً لهذه المجاوزة ، تاركاً ذلك لما يسفر عنه تنفيذ العمل من نتيجة فعلية .

فإذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة ، أو أبطأ فى إخطاره دون مبرر ، أو لم يذكر فى الإخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو فى القليل الأسس التى تقوم عليها المجاوزة المتوقعة ، « سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات » كما يقول النص ، وبقى الأجر كما جاء فى المقايسة دون تعديل ، وذلك بالرغم من وقوع مجاوزة محسوسة لما هو مقدر فى المقايسة .

٩٦ — *ما يترتب على توافر الشروط الثلاثة — فرضان* : فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة على النحو الذى فصلناه ، فإن هناك فرضين يجب التمييز بينهما لأن لكل فرض منهما حكمه الخاص به . فإما أن تكون المجاوزة المحسوسة غير جسيمة وهذا هو الفرض الأول ، وإما أن تكون هذه المجاوزة جسيمة وهذا هو الفرض الثانى .

٩٧ — *الفرض الأول — المجاوزة غير جسيمة* : لم تعرض المادة ٦٥٧ مدنى

سالفة الذكر لهذا الفرض صراحة ، ولكن مفهوم المخالفة من نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة يستخلص منه أن رب العمل لايستطيع أن يتحلل من عقد المقاولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة ، وبأنه تجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة ، شاء رب العمل أو أبى .

وتقدير ما إذا كانت المجاوزة المحسوسة جسيمة فتجيز لرب العمل التحلل من المقاولة كما سيأتى ، أوغير جسيمة فتبقى رب العمل مقيدا بالمقاولة مع زيادة الأجر الزيادة المناسبة كما سبق القول ، مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض . فإذا تبين مثلا أن المجاوزة هى ١٠٪ من الأعمال التى كانت مقدرة فى المقايسة ، فالغالب أن قاضى الموضوع لايعتبر هذه المجاوزة جسيمة ، ويقضى بزيادة الأجر ١٠٪ عما كان مقدراً فى المقايسة. ويبرر زيادة الأجر فى الفرض الذى نحن بصدده أن الزيادة عادلة إذ لها ما يقابلها ، وهى بعدُ غير مرهقة لرب العمل إذ هى زيادة غير جسيمة .

٩٨ — **الفرض الثانى — المجاوزة جسيمة** : أما إذا كانت المجاوزة جسيمة ، فقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدنى ببيان الحكم فى ذلك ، إذ تقول كما رأينا : « فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . ويستخلص من هذا النص أنه إذا كانت المجاوزة جسيمة ، فإن رب العمل يكون بالخيار بين أمرين :

(الأمر الأول) أن يبقى مقيداً بالمقاولة ، ويطلب من المقاول إتمام العمل . وفى هذه الحالة يزيد الأجر بما يتناسب مع الزيادة الجسيمة . ويبقى عقد المقاولة نافذاً بجميع شروطه ، فيما عدا الأجر فإنه يزيد الزيادة المناسبة كما سبق القول .

(الأمر الثانى) أن يتحلل رب العمل من المقاولة إذا رأى أن الزيادة الجسيمة فى الأجر مرهقة له . وفى هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل ، على أن يكون ذلك دون إبطاء . فإذا أبطأ فى هذا الطلب إبطاء لامبرر له ، كان للمقاول أن يمضى فى العمل ويفترض أن رب العمل قد اختار الأمر الأول أى إبقاء المقاولة مع الزيادة فى الأجر . والطلب الذى يتقدم به رب

العمل لوقف التنفيذ لا يشترط فيه شكل خاص ، فقد يكون على يد محضر أو مكتوباً أو شفوياً ، ولكن عبء إثبات التقدم بهذا الطلب يقع على رب العمل . فإذا تقدم رب العمل بهذا الطلب ، وجب على المقاول أن يقف تنفيذ العمل ، ويتحلل رب العمل من المقاولة . ولكن يجب عليه أن يعوض المقاول بإيفائه « قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . فيرد للمقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال إلى يوم إخطاره بوقف العمل ، وتقدر هذه القيمة ، لا بحسب ما أنفق المقاول فعلا ، بل بحسب ما هو مقدر طبقاً لما جاء فى المقايسة . فقد تكون القيمة التى أنفقها المقاول فعلا ، نظراً لارتفاع فى بعض الأسعار ، أكبر من القيمة المقدرة طبقاً للمقايسة ، فلا يسترد المقاول إلا القيمة الأخيرة ، وبذلك يكون عقد المقاولة قد نفذ تنفيذاً جزئياً لا تنفيذاً كلياً[1] . ويجبر المقاول على هذا التنفيذ الجزئى . وليس له أن يطالب رب العمل بتعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، كما يكون له ذلك فى حالة أخرى هى حالة تحلل رب العمل من العقد بإرادته المنفردة وفقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى وسيأتى بحثها تفصيلا فيما يلى[2] . ذلك لأن رب العمل لم يتحلل هنا من العقد بمحض رغبته كما يتحلل منه بإرادته المنفردة فى الحالة الأخرى ، بل هو قد اضطر للتحلل منه أمام هذه الزيادة الجسيمة المرهقة فى الأجر ، ومن ثم لا يجبر على

---

(١) وقد كان المشروع النهائى للفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدنى يجرى على الوجه الآتى : « .. مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال .. » . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدل النص على الوجه الآتى : « . . . مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد » . وقيل فى اللجنة تبريراً لهذا التعديل : « وذلك حتى يقتصر التزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد ، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها ، لأن رب العمل لم يكن مسئولا عن مجاوزه المصروفات المقدرة فى المقايسة وقد تكون قيمة المصروفات الفعلية التى أنفقها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايسة ، فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المقاولة تنفيذاً جزئياً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٩ – ص ٤٠ – وانظر آنفاً فقرة ٩٤ فى الهامش) .

وغنى من البيان أنه إذا نزلت بعض الأسعار عما هو مقدر فى المقايسة ، يبقى رب العمل ملتزماً بإيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة طبقاً لما جاء فى المقايسة ، فيكون للمقاول الغنم فى هذا الفرض ، كما كان عليه الغرم فى الفرض الأول .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٣٧ وما بعدها .

تعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . ويمكن القول بأن تحلل رب العمل من المقاولة هنا هو فسخ للعقد دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعي ، فما تم تنفيذه من العقد ينتج أثره ، ويفسخ العقد في الشطر الذي لم ينفذ[1] .

§ ٢ – الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين

٩٩ — نص قانوني : تنص المادة ٦٥٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره . »

« ٢ — ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة » .

« ٣ — وليس للمقاول ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً » .

« ٤ — على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد »[2]

---

(١) ويصح تكييف تحلل رب العمل من المقاولة تكييفاً آخر . فيقال إن رب العمل وقع في غلط جوهري ، وهو غلط اشترك فيه المقاول ، إذ اعتقد الطرفان أن تنفيذ المقاولة لا يقتضي هذه الزيادة الجسيمة المرهقة . فلما كشف رب العمل عن غلطه ، طلب إبطال العقد ، وعوض المقاول عما أنجزه من العمل مقدراً طبقاً للمقايسة على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب محوراً بعض التحوير . ولرب العمل ألا يطلب إبطال العقد ، فيبقى العقد نافذاً بجميع شروطه مع زيادة الأجر . أما إذا كانت المجاوزة غير جسيمة ، فالغلط لا يكون جوهرياً ، ومن ثم لا يجوز لرب العمل إبطال العقد .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٨٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ – إذا أبرم العقد بثمن حدد جزافاً على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤١٨/٥١٠[1] .

= فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الثمن، حتى لو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون هذا قد أذن به واتفق مع المقاول ثمنه . ٢ – وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الثمن ، حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً . ٣ – ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة . ٤ – على أنه إذا اختل التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول اختلالا تاماً بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد ، وانهار بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة فى الثمن أو أن يأذن فى فسخ العقد » . وفى لجنة المراجعة عدل ترتيب الفقرات وأدخلت تعديلات لفظية ، فأصبح النص كما يأتى : « ١ – إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ، ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل ، أو يكون مأذوناً به منه وقد اتفق مع المقاول على أجره . ٢ – ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة . ٣ – وليس للمقاول ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة ، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً . ٤ – على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وانعدم بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . وأصبح رقم المادة ٦٨٧ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب أدخل على الفقرة الرابعة تعديل على الوجه الآتى : « على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى . . . بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان . . » ، فتقيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث ، وحتى تتمشى المادة التى نحن بصددها مع المادة ١٥١/٢ (م ١٤٧/٢ مدنى فى خصوص الحوادث الطارئة) ، إذ أن الأولى ليست إلا تطبيقاً للثانية . ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها لجنته . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو غيرها من التكاليف » فى الفقرة الثالثة لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها ، وفى الفقرة الرابعة حذفت عبارة « انهيارا تاما » لأن كلمة « انهار » الواردة فى صدر الفقرة تؤدى الغرض ، كما استبدلت عبارة « وتداعى بذلك الأساس » بعبارة « وانعدم بذلك الأساس » لأن العبارة الأولى أوفى ببيان المقصود . وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٦٥٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٠ – ص ٤٥) .

(١) التقنين المدنى القديم م ٤١٨/٥١٠ : لا يجوز لمن تعهد بعمل بالمقاولة أن يطلب بأية علة زيادة مبلغ المقاولة ، إلا إذا زادت مصاريف العمل بسبب من صاحب العمل .

(ونص التقنين المدنى القديم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وقد عمم النص ليشمل المقاولة بأجر إجمالى والمقاولة بسعر الوحدة . ويمتاز نص التقنين المدنى الجديد عنه بأنه يضيف إلى ذلك تطبيقاً مستحدثاً لنظرية الظروف الطارئة فى عقد المقاولة بأجر إجمالى، بعد أن تقرر المبدأ العام =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م٦٢٤ — وفى التقنين المدنى الليبي م٦٥٧ — وفى التقنين المدنى العراقى م٨٧٧ — ٨٧٨ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧٥[1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن له نطاقاً خاصاً فى التطبيق ، وفى هذا النطاق الخاص تكون القاعدة العامة هى عدم تعديل الأجر المتفق عليه ، ومع ذلك فهناك فرضان استثنائيان يجوز فيهما هذا التعديل . فنتناول بالبحث هذه المسائل المختلفة .

١٠٠ — *نطاق تطبيق النص* : جاء فى صدر الفقرة الأولى من هذا النص : « إذا أبرم العقد بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل . . » . فالمفروض إذن أن هناك عقد مقاولة حدد فيه الأجر إجمالا على أساس تصميم متفق عليه بين المقاول ورب العمل . ونرى من ذلك أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها فى عقد المقاولة حتى يدخل فى نطاق تطبيق النص :

= للنظرية فى المادة ٢/١٥١ مدنى . والأحكام المستحدثة فى نص التقنين المدنى الجديد لا تسرى إلا بالنسبة إلى عقود المقاولة المبرمة منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٤ (مطابق للفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦٥٨ من التقنين المصرى ، ولم يورد التقنين السورى الفقرتين الأخيرتين ، فلم يبق إلا تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى مبدأها العام كما هى مقررة فى المادة ٢/١٤٨ مدنى سورى) .

التقنين المدنى الليبي م ٦٥٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٧٧ و ٨٧٨ (والنصان مطابقان لنص المشروع التمهيدى — م ٨٧٩ — من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧٥ : من يقوم بعمل مقابل بدل معين بناء على رسم أو تقديم وضعه بنفسه أو وافق عليه ، لا يجوز له أن يطلب زيادة على البدل بحجة أن النفقات تجاوزت المبلغ المقدر فى الرسم أو فى التقويم ، إلا إذا كان صاحب الأمر هو الذى سمح له صراحة بتجاوز المبلغ ، أو كان هناك نص على العكس .

(ونص التقنين اللبنانى يقارب نص المادة ١٧٩٣ مدنى فرنسى . ولا يشتمل — كما اشتمل التقنين المصرى — على تطبيق خاص لنظرية الظروف الطارئة فى حالة علو الأسعار أو الأجور . ولما كان التقنين اللبنانى لا يقر نظرية الظروف الطارئة فى مبدأها العام ، فلا مجال إذن لتطبيقها فى عقد المقاولة) .

أولا – أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالى لايزيد ولاينقص . وهنا نرى أن الحالة التى نحن بصددها غير الحالة الأولى التى سبق بحثها . ففى الحالةالأولى يكون الأجر فى عقد المقاولة مقدراً بحسب مقايسة على أساس سعر الوحدة ، ومن ثم جاز أن يزيد الأجر إذا وقعت مجاوزة محسوسة للأعمال المقدرة فى المقايسة على النحو الذى فصلناه فيما تقدم[١] .أما هنا فالأجر يحدد إجمالا ، وقد أراد رب العمل أن يحدد نهائياً ومقدماً مقدار الأجر الذى يدفعه . فإذا كان الأجر الإجمالى غير محدد تحديداً نهائياً ، كأن اتفق الطرفان فى العقد على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أقل أو أكثر مما كان مقدراً ، فالأجر لا يكون محدداً إجمالا على وجه نهائى ، ومن ثم لا يدخل هذا الفرض فى نطاق تطبيق النص ، بل تسرى فى شأنه القواعد العامة فيزيد الأجر أو ينقص دون حاجة إلى اتفاق كتابى على تعديل التصميم وعلى مقدار الأجر[٢] .

ثانيا – أن تكون المقاولة على أساس تصميم متفق عليه ، وذلك حتى تتبين حدود العمل على وجه كامل واضح نهائى . فيجب أن يكون التصميم كاملا ، ولايلزم أن يتمثل فى رسوم[٣] وإن كان هذا هو الغالب[٤] ، ولكن يجب أن يكون وصفاً كاملا يتضمن جميع الأعمال المطلوبة . فلو اشتمل على جزء

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٧ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ – ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٤ – ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٧ – ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص١١ – نقض فرنسى ٩ فبراير سنة ١٩٦٠ داللوز ١٩٦٠ – ٤٥ قسم الأحكام المختصرة – لاجراف فقرة ١٢ ص ٣٣ وفقرة ١٥ ص ٣٥ – ص ٣٦ – محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٤ .

كذلك إذا حددت الأعمال المقدر لها الأجر الإجمالى فى تصميم متفق عليه بين الطرفين ، فازاد على هذه الأعمال مما يمكن أن يدخل فى عقد المقاولة لا يشمله الأجر الإجمالى ، ولايتحمله المقاول (استئناف مختلط ١٩ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٥) . ولكن ليس للمقاول أن يطلب زيادة فى الأجر بدعوى أن التصميم يختلف عن المقايسة وأنه نفذ ماورد فى التصميم دون المقايسة (استئناف مختلط ١٩ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٤) .

(٣) لاجراف فقرة ٢١ ص ٤٠ .

(٤) ويكون إثبات التصميم طبقاً للقواعد العامة (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٠ ص١١٣٩ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٨) .

منها على أن يستكمل فيما بعد لم تكن المقاولة جزافية ، إذ يجب أن يكون التصميم كاملا وقت إبرام المقاولة لا فى وقت لاحق[١]، وذلك حتى تكون المقاولة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقول النص (م ٦٥٨/١ مدنى) . ثم يجب أن يكون التصميم واضحاً ، ومعنى الوضوح هنا أن يكون مفصلا دقيقاً ، فلا يكون التصميم الذى لايشتمل إلا على الخطوط الرئيسية للأعمال المطلوب إنجازها ، أو إلا على مخطط تقريبى غير دقيق لهذه الأعمال ، تصميما واضحاً[٢] . ويجب أخيراً أن يكون التصميم نهائياً ، فإذا احتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل فى التصميم فى أثناء تنفيذ المقاولة ، سواء بالإضافة أو بالحذف أو بالتغيير ، فإن التصميم لا يكون نهائياً ، ولا تكون المقاولة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقضى نص القانون[٣] .

ثالثا — أن يكون عقد المقاولة مبرماً بين رب العمل الأصلى والمقاول ، أما إذا أبرم بين مقاول أصلى ومقاول من الباطن ففيما بينهما لاتسرى المادة ٦٥٨ مدنى وإنما تسرى القواعد العامة . فلو اتفق مقاول أصلى مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه بأجر إجمالى جزافى ، فإن القواعد العامة هى التى تسرى كما قدمنا ، ويستطيع المقاول من الباطن أن يجرى تعديلا فى التصميم بعد موافقة المقاول الأصلى ولو موافقة ضمنية غير مكتوبة ، ودون حاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد فى مقابل هذا التعديل ،

---

(١) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ — لاجراف فقرة ٢٧ ص ٥١ — محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ .

(٢) لاجراف فقرة ٢١ ص ٤٠ — محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ — نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٣٩ — ٤٦٨ — ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ داللوز ١٩٤٠ — ١٥٠ — ٣ يونيه سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥ — ٨٠ — ١٠ مايو سنة ١٩٦٠ داللوز ١٩٦٠ — ٥٧١ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٠٦ — لاجراف فقرة ٢٤ ص ٤٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ — ١٦٦ .

ويستثنى بعض الفقهاء حالة ما إذا احتفظ رب العمل بإجراء تعديلات طفيفة قليلة الأهمية بالنسبة إلى مجموع الأعمال (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٧ — ويشير إلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ — ١ — ٨٤) . ولايمنع من أن يكون الأجر إجمالياً الاتفاق على أن يوضع بيان نهائى بحالة الأعمال عقب إنجازها (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥) .

ويرجع مع ذلك بالأجر الزائد حسب أهمية التغيير ونفقات العمل ، وكان لا يستطيع ذلك لو أن المادة ٦٥٨ مدنى هى التى تسرى كما سنرى . والسبب فى ذلك أن المادة ٦٥٨ مدنى إنما وردت لتحمى رب العمل وهو عادة رجل غير فنى قليل الخبرة من المقاول وهو دائماً رجل فنى واسع الخبرة ، ولا تتوافر حكمة النص فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن إذ هما يتساويان فى المعرفة الفنية وفى الخبرة فيكفى فى العلاقة بينهما أن تسرى القواعد العامة[1]. ويلاحظ أن المادة ٦٥٨ مدنى ، فى فقرتيها الثالثة والرابعة الخاصتين بانهيار التوازن الاقتصادى ، تسرى فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، لأن العلة فى استبعاد النص فيما يتعلق بتعديل التصميم وثبات الأجر ليست موجودة بالنسبة إلى انهيار التوازن الاقتصادى .

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة ، فقد دخلنا فى نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدنى ، ولا يهم بعد ذلك أن تكون المقاولة محلها إقامة بناء أو غير ذلك كصنع أثاث ، أو أن يكون محلها عملا كبيراً كصنع سفينة أو عملا صغيراً كصنع مكتب أو مكتبة . فنص المادة ٦٥٨ مدنى مطلق لا يفرق بين فرض وآخر ، بخلاف المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى فهى لا تتكلم إلا عن البناء ، وبخلاف المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى فهى لا تتكلم إلا عن الأعمال الكبيرة[2] .

١٠١ — القاعدة العامة : وإذا توافرت الشروط الثلاثة التى فصلناها فيما تقدم ، فإن الأجر الإجمالى الجزافى الذى اتفق عليه الطرفان فى عقد المقاولة لا يكون قابلا للتعديل ، لا بالزيادة ولا بالنقص[3] . وذلك حتى لو أدخل

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٨٨ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠١٤ مكررة — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٧ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤١ ص ١٨٢ — دى پاج ٤ فقرة ٩٠٧ (ج) ص ٩٣٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٤٣ — نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ جازيت دى باليه ١٩٣٧ — ٥٢٤ .

(٢) لاجراف فقرة ١٣ ص ٣٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٠ ص ١٩٢ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٣٤ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠١١ (ويريان الاقتصار على البناء دون الأعمال الكبيرة) — محمد لبيب شنب فقرة ١٣٩ ص ١٦٦ — نقض فرنسى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢١ — ٢٣٨ — ٢٣ مايو سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٥٩ — ٤٨٩ .

(٣) وذلك إلا إذا كان المقاول لم ينجز كل العمل وإنما أنجز بعضه ، فلا يستحق من الأجر إلا ما يناسب قيمة ما أنجز من العمل (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٧ . ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٦) .

المقاول تعديلا على التصميم ، فلا يزيد الأجر بهذا التعديل بل يبقى كما هو ، ولو كان التعديل هاماً نافعاً ، بل ولو كان ضرورياً[١] . كذلك لا يزيد الأجر حتى لو زادت أسعار المواد الأولية ، أوزادت أجور العمال ، أو وقع حادث غير منتظر زاد فى تكاليف الأعمال ، كما إذا تبين أن طبيعة الأرض تقتضى أعمالا أكثر كلفة (فيما عدا الغلط الجوهرى) ، أو انتشر وباء أودهم غرق مما اقتضى أن تزيد التكاليف ، أوزادت أجور نقل المواد الأولية أو أجورنقل العمال ، أوزاد سعر التأمين على بعض الأعمال المطلوبة ، أوزادت الضرائب المفروضة على استيراد بعض المواد . وقد كان المشروع التمهيدى للفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ مدنى تقتصر على ذكر ارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة ، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « أوغيرها من التكاليف» « لتواجه مسائل النقل والتأمين وغيرها »[٢] .

وليس هذا إلا تمشياً دقيقاً مع إرادة المتعاقدين . فقد قصد رب العمل من أن يكون الأجر إجمالياً جزافياً ، وقبل المقاول منه ذلك ، لأنه أراد أن يعرف بصفة نهائية حاسمة ما يجب عليه دفعه من الأجر بحيث لايستطيع المقاول أن يطالبه بأزيد من ذلك ، ولايستطيع هو أن يدفع للمقاول أقل من ذلك . وقصد رب العمل من الاتفاق على هذا النحو أن يطمئن إلى مركز مستقر ثابت ، فلا يفاجأ بأية زيادة . فإذا كانت التكاليف الفعلية أكثر من الأجر المتفق عليه لحادث غير منتظر أولزيارة فى أسعار المواد الأولية أوأجورالعمال أو أجور النقل أوسعر التأمين أوغير ذلك مما فصلناه فيما تقدم ، فإن تبعة هذا كله يتحملها المقاول ولاشأن لرب العمل بها . وفى نظير ذلك إذا كانت التكاليف الفعلية أقل بكثير من الأجر المتفق عليه ، فإن المقاول يتقاضى الزيادة دون أن يرجع عليه رب العمل بتخفيض فى الأجر . هذا هو المعنى المقصود من الاتفاق فى المقاولة على أجر إجمالى جزافى على أساس تصميم معين متفق عليه بين الطرفين . فلا يجوز الخروج على هذا المعنى المقصود ، وقد قررت

---

(١) دويه ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١-٤٧ قسم الأحكام المختصرة – محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص ١٧٠ – ص ١٧١ – عكس ذلك مجلس الدولة الفرنسى ٨ نوفبر سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٧ – ٨٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤ – وانظر آنفاً فقرة ٩٩ فى الهامش .

المادة ٦٥٨ مدنى كما رأينا هذا الحكم كمبدأ عام ، وقصدت أن تحمى رب العمل من المقاول لضعف خبرة الأول بالنسبة إلى خبرة الثانى كما سبق القول ، فأجازت له أن يصل بالاتفاق مع المقاول على أجر إجمالى جزافى إلى هذا القدر من الاطمئنان والاستقرار والثبات .

ويقال عادة إن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه . ويمثل لذلك بجواز أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمقاول الحق فى القيام بأعمال لايتضمنها التصميم إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للتنفيذ وأن يتقاضى أجراً عليها ولو لم يأذن رب العمل صراحة بها ولم يتفق على أجرها[1] . ولكن عقد المقاولة فى هذه الحالة يخرج عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدنى ، فقد قدمنا أن التصميم الذى يقوم عليه عقد المقاولة يجب أن يكون تصميما نهائياً ، فلا يجوز أن يحتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل فى التصميم فى أثناء تنفيذ المقاولة ، وإذا احتفظ بهذا الحق صح ذلك ولكن المقاولة تخرج عندئذ عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدنى[2]. ونرى من ذلك أنه إذا توافرت فى المقاولة الشروط الثلاثة التى سبق تفصيلها[3] ، فإنه لايتصور الاتفاق العكسى ، ويجب إعمال المادة ٦٥٨ مدنى فلا يزيد الأجر المتفق عليه ولاينقص بأى حال من الأحوال .

بل إن الأجر المتفق عليه لا تجوز زيادته حتى بطريق غير مباشر . فلو أن المقاول وجد أنه من الضرورى إدخال تعديل فى التصميم كان من شأنه أن زادت تكاليف العمل على الأجر المتفق عليه ، فإنه لايتقاضى إلا الأجر المتفق عليه[4]، ولايستطيع أن يرجع بزيادة التكاليف ولو عن طريق دعوى الإثراء

---

(١) نقض فرنسى ١٠ مارس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ – ١ – ٣٨٦ – ١٦ يناير سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢ – ١ – ٤٢٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٤ – محمد لبيب شنب فقرة ١٤٢ ص ١٧٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المقاول قد اتفق على مقابل إجمالى للعمل الذى كلف به بعد معرفته كافة التفاصيل المتعلقة بالعمل ، فلا يكون له وجه فى المطالبة بأى زيادة ، لأن عقد المقاولة يتضمن فى الواقع اتفاقاً على بيع المواد الأولية للبناء وعلى أجرة الصانع لها ، وليس للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع بحجة ارتفاع ثمنه بعد التعاقد على بيعه كما أنه ليس للصانع =

بلا سبب ، بحجة أن الأعمال التي تمت بعد تعديل التصميم قد زادت قيمتها عما كان مقدراً في التصميم قبل تعديله ، إذ لو جاز ذلك لأمكن التحايل من هذا الطريق على خرق أحكام المادة ٦٥٨ مدني[1] .

فالأجر الإجمالي الجزافي المتفق عليه لا تجوز إذن زيادته ، ولو عدل المقاول التصميم أو زادت الأسعار أو الأجور على النحو الذي بسطناه .

١٠٢ — فرضان استثنائيان :ومع ذلك فهناك فرضان استثنائيان تجوز فيهما زيادة الأجر : (الفرض الأول) تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه . (الفرض الثاني) زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول . ونبحث كلا من هذين الفرضين .

١٠٣ — الفرض الأول — تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٥٨ مدني لا تجيز زيادة الأجر الجزافي ولو حدث في التصميم تعديل أو إضافة « إلا أن

= أن يمتنع عن عمل ما تعهد به بحجة ارتفاع مصاريف الصناعة . فإذا قام المقاول بعمل زائد بدون إذن من صاحب العمل ، فإن المقاول يعتبر قابلا إجراء العمل الزائد من غير أن يحتسب له ثمناً خاصاً (استئناف مصر ١٠ يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٧ ص ٤١٢) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥ .

(١) نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ — ١ — ١٠٢ — ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعي ١٩٣٤ — ٥٨٧ — ٣١ فبراير سنة ١٩٤٤ D. A. ١٩٤٤ — ٥٨ — هيك ١٠ فقرة ٤٢٩ — جيوار ٢ فقرة ٨٩١ — أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٦ — بيدان ١٢ فقرة ٢٢١ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٣ — لاجراف فقرة ٣٥ — كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٠٩٨ — جوريه في الإثراء بلاسبب رسالة من باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٨٨ — مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦ — دي باج ٤ فقرة ٩٠٨ ص٩٣٨ — رواست في الإثراء بلاسبب والقضاء المدني مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٨٥ — عكس ذلك بودري وقال ٢ فقرة ٤٠٠٩ .

وبفرض أن قيمة الأعمال التي أنجزت بعد تعديل التصميم تزيد عما كان مقدراً في التصميم قبل تعديله ، فإن زيادة القيمة لها سبب هو عقد المقاولة ، والشرط في الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك سبب قانوني للإثراء (الوسيط ١ فقرة ٧٧٤ ص ١١٣٩ — محمد لبيب شنب فقرة ١٤٢ ص١٧١) . ويجوز للمقاول نزع الأعمال التي كانت سبباً في زيادة القيمة بشرط ألا يكون ذلك ضاراً برب العمل (بيزوس ص ١٩ — محمد لبيب شنب فقرة ١٤٢ ص ١٧١) .

يكون ذلك راجعاً إلى خطأ رب العمل ، أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره » .

فإذا حدث فى التصميم تعديل أو إضافة ، وكان ذلك نتيجة حتمية لخطأ من رب العمل ، كأن قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التى يريدها للبناء ، أو قدم له أرضاً لا يملكها كلها فاضطر المقاول أن يهدم البناء فى الجزء الذى لا يملكه رب العمل وأن يعدل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التى يملكها رب العمل ، فإن المقاول يكون قد عدل التصميم بخطأ من رب العمل . فإذا كان تعديل التصميم يستوجب زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالى المتفق عليه ، فإن هذه الزيادة يتحملها رب العمل لا المقاول ، لأنه هو الذى تسبب فيها بخطأه[1] . ولا يشترط أن يكون رب العمل سيئ النية ، ولا حتى أن يكون مقصراً ، فقد يعتقد بحسن نية أن الأرض التى قدمها للمقاول هى كلها ملكه دون أن ينسب إليه فى ذلك عدم حيطة ، ومع ذلك يكون مسئولا عن زيادة التكاليف . فيكفى إذن أن يكون التعديل فى التصميم الذى تسبب فى زيادة التكاليف ناجما عن فعله ومنسوباً إليه ، دون حاجة لأن يثبت فى جانبه أى تقصير أو خطأ . بل ليس من الضرورى أن يكون هناك تعديل فى التصميم أصلا ، ويكفى أن يتسبب رب العمل بفعله فى زيادة التكاليف ، كأن يتأخر فى الحصول على رخصة البناء أو فى تقديم الأرض التى يجب البناء عليها ، فينجم عن ذلك تعطيل فى العمل يجشم المقاول نفقات زائدة ، فيرجع بها عليه لأنه هو المتسبب فيها .

كذلك يرجع المقاول بالزيادة فى الأجر إذا حدث فى التصميم تعديل أو إضافة ، وكان رب العمل قد أذن بذلك واتفق مع المقاول على مقدار الأجر الزائد . فلا يكفى إذن أن يأذن رب العمل بالتعديل أو الإضافة فى التصميم ، فقد يحدث أن المقاول يزين له تعديلا فى التصميم أو إضافة فيه فيغريه بقبول

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٣٥ – ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥ – ١٢ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٦ – ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٧ – ٢ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٦٥ – ٢٨ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٣ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٤٢ – ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ – محمد لبيب شنب فقرة ١٤٠.

ذلك ، ثم يطالبه بعد ذلك بزيادة فى الأجر لم يكن يتوقعها ولم يكن يحسب أن التعديل الذى وافق عليه يقتضى كل هذه النفقات ، فتضيع عليه ميزة الأجر الجزافى الذى اطمأن إليه عند إبرام المقاولة[1] . فأراد المشرع ، إمعاناً فى تنبيه رب العمل إلى الزيادة فى الأجر التى سيتحملها ، أن يكون التعديل فى التصميم متفقاً عليه بينه وبين المقاول ، وأن يعين فى هذا الاتفاق مقدار الزيادة فى الأجر التى ستنجم عن هذا التعديل ، وأن يكون الاتفاق مكتوباً إذا كان عقد المقاولة الأصلى قد حصل بالكتابة إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى كما رأينا «ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة» . ولو اقتصر المشرع على اشتراط أن يكون التعديل مأذوناً به من رب العمل ، لما كان فى هذا خروج على القواعد العامة ، فقد وقع اتفاق جديد عدل من الاتفاق الأصلى فوجب أن يسرى الاتفاق الجديد. ولكن المشرع لم يكتف بذلك ، بل أوجب أن يتفق رب العمل مع المقاول مقدماً على مقدار الزيادة فى الأجر . وهنا الخروج على القواعد العامة[2] ، فقد كانت هذه القواعد تقضى بأنه يكفى أن يتفق رب العمل مع المقاول على التعديل فى ذاته ، ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة فى الأجر ويرجع فى هذا التحديد إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (م ٦٥٩ مدنى)[3]. أما حيث اشترط القانون أن يكون الاتفاق على هذه الزيادة ثابتاً بالكتابة إذا كان عقد المقاولة الأصلى مكتوباً ، فليس فى ذلك خروج على القواعد العامة ، فإنه إذا كان عقد المقاولة الأصلى مكتوباً لم يجز إثبات الزيادة فى الأجر – وهى عكس ما هو ثابت بالكتابة – إلا بالكتابة . ومن ذلك نرى أن الكتابة هنا ليست لازمة إلا للإثبات ، ومن ثم يغنى عنها مبدأ الثبوت بالكتابة إذا عزز بالبينة أو بالقرائن ، وكذلك تغنى عنها البينة والقرائن إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على الكتابة أو فقد المقاول سنده المكتوب لسبب

---

(١) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٤ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤١ – مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦ – محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٧ – ص ١٦٨ .

(٢) لاجراف فقرة ٤٧ ص ٩٨ – محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٩ – ص ١٧٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩٠ .

لا يد له فيه(١). ومادام اشتراط الكتابة فى إثبات الزيادة فى الأجر إذا كان عقد المقاولة الأصلى مكتوباً ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فإن الكتابة تشترط ، لا فى إثبات الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر فحسب ، بل تشترط أيضاً فى إثبات الاتفاق على التعديل فى ذاته ، وإن كان ظاهر نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى يوهم أن اشتراط الكتابة مقصور على الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر دون الاتفاق على التعديل فى ذاته(٢).

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص ١٧٠ – أما فى فرنسا فيذهب القضاء والفقه إلى أن المادة ١٧٩٣ مدنى فرنسى تشترط الكتابة لصحة الإذن فى التعديل لا لمجرد إثباته ، فلا يغنى عن الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة ولو عزز بالبينة أو بالقرائن (نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ – ١ – ٢٦٦ – ٤ يناير سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠ – ١ – ٢٤٦ – ١٠ يوليه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ – ١ – ٤٦٧ – ٨ يونيه سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ – ١ – ١٠٢ – ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ داللوز ١٩٣٢ – ١ – ٦٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٧ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ – مازو ٣ فقرة ١٣٦١ ص ١١٢٦) . ولكن الكتابة غير ضرورية لصحة الاتفاق على مقدار الزيادة فى الأجر ، بل يصح أن يكون هذا الاتفاق شفوياً وتسرى فى إثباته القواعد العامة (نقض فرنسى ١٣ أغسطس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١ – ١ – ١٠٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٠٨ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤١٦ – بلانيول وريبير ورواست١١ فقرة ٩٤٢ ص ١٨٤) .

وفى عهد التقنين المدنى المصرى القديم لم يلتزم القضاء ضرورة الاتفاق مقدماً على التعديل وزيادة الأجر ، بل استخلص وجود هذا الاتفاق من وجود التعديل فعلا . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه جرت العادة فى أشغال العمارات أن يغير أصحابها فى تنفيذ الأعمال المختصة بها ، ومن تلك التغييرات ما يكون وقتياً فلا يؤخذ به عقد خاص . ولذلك لا يفيد صاحب العمارة التمسك بالعقد إذا ثبت حدوث التغييرات من مقارنة الأعمال التامة على ذلك العقد ومن أقوال الخصوم أنفسهم (استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٦ – ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٥٣٥ – ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٥ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٦ – محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ص١٦٨ – ص ١٦٩ .

والإذن الصادر من رب العمل فى تعديل التصميم يجوز أن يصدر منه شخصياً أو من وكيل عنه مفوض تفويضاً خاصاً فى هذا الإذن ، فلا تكفى الوكالة العامة التى للمهندس عن رب العمل ، بل يجب أن يكون المهندس مفوضاً تفويضاً خاصاً من رب العمل فى الإذن بالتعديل (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٧ – نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ٣٥٩ – كان ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ٢ – ٤١٦ – الجزائر ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ Le Droit ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ – جيوار ٢ فقرة ٨٩٢ – بودرى وفال ٢ =

١٠٤ — الفرض الثانى — زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول : رأينا أن الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى تنصان على ما يأتى : « ٣ — وليس للمقاول ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف ، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً . ٤ — على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . وهذه النصوص تطبيق واضح فى عقد المقاولة لنظرية الحوادث الطارئة التى تقرر مبدأها فى المادة ٢/١٤٧ مدنى على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1] » .

وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى الصورة التى نحن بصددها هى نفس شروط تطبيق النظرية فى مبدأها العام ، كما يتبين من المقارنة ما بين النصوص سالفة الذكر . وقد قدمنا عند الكلام فى نظرية الظروف الطارئة فى مبدأها العام[2] ، أن هذه الشروط أربعة :

= فقرة ٤٠٠٧ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٢ ص ١٨٤ — محمد لبيب شنب فقرة ١٤١ ص ١٦٩) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والفقرة الرابعة هى تطبيق لنظرية الظروف الطارئة فى حالة عقد المقاولة . وقد سبق أن قرر المشروع هذه النظرية بصفة عامة فى المادة ٢١٣ فقرة ٢ منه (م ٢/١٤٧ مدنى) . والمعيار الذى يقرره النصوص — اختلال التوازن الاقتصادى بين الالتزامات اختلالا تاماً بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد — هو من الدقة بحيث يحد من تدخل القاضى ، وفى الوقت نفسه من المرونة ، بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢) .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢٠ .

أولا – أن يكون العقد متراخياً ، وهو شرط غالب لا شرط ضرورى . ولاشك أن هذا الشرط متوافر فى عقد المقاولة ، فهناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاولة وتنفيذها .

ثانيا – أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى فيما رأينا إذ تقول : « على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة . . » . وقد كان المشروع التمهيدى لهذا النص يقتصر على ذكر لفظ « حوادث » ، دون أن يصفها بأن تكون « استثنائية عامة » ، فأدخلت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هذا الوصف ، « فتقيدت الحوادث بأن تكون استثنائية عامة حتى يتحدد المقصود بالحوادث ، وحتى تتمشى المادة التى نحن بصددها مع المادة ٢/١٥١ (م ٢/١٤٧ مدنى) إذ أن الأولى ليست إلا تطبيقاً للثانية »(١) . ومثل الحوادث الاستثنائية العامة حرب أوإضراب مفاجئ أوقيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أواستيلاء إدارى أووباء ينتشر أو تشريع مفاجئ ، ويكون من وراء هذه الحوادث الاستثنائية أن ترتفع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو تزيد تكاليف العمل كأن تزيد أجور نقل المواد الأولية أو العمال أويزيد سعر التأمين أوتزيد الضريبة على استيراد المواد الأولية من الخارج . ويجب أن تكون الحوادث عامة ، أى غير خاصة بالمقاول وحده ، كما رأينا فى الأمثلة التى سبق سردها (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٣ – وانظر آنفاً فقرة ٩٩ فى الهامش .

(٢) وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معروفة من المقاول ولا متوقعة منه ولا يمكنه توقعها . مثل ذلك أن يكون تحت الأرض المراد البناء عليها أطلال مدينة قديمة أومجرى مياه جرفية ، مما يستوجب وضع أساسات تزيد تكاليفها كثيراً عما كان مقدراً . فيعتبر ذلك حادثاً استثنائياً عاما – وهو عام لأنه لا يخص هذا المقاول وحده بل يعم أى مقاول آخر يوكل إليه تنفيذ هذه المقاولة – لم يكن فى الحسبان وقت التعاقد . ويذهب الأستاذ محمد لبيب شنب إلى أن المادة ٦٥٨ مدنى لا تنطبق هنا ، لأن الحادث الاستثنائى كان موجوداً وقت التعاقد ولم يجد فى أثناء تنفيذ المقاولة . ولكنه يجيز إبطال العقد لغلط فى صفة جوهرية من صفات العمل محل المقاولة ، فالعمل كان من الواجب إنجازه على أرض صالحة بطبيعتها للبناء ، ولكن تبين أن هذه الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد تهيئتها لذلك بأعمال غير عادية . ويجوز لرب العمل أن يتلافى الإبطال بأن يدفع للمقاول زيادة فى الأجر تتناسب مع زيادة النفقات ، إذ لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية (محمد لبيب شنب فقرة ١٤٥ =

ثالثاً — أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها . وهذا أيضاً ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى حين تقول : « لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد » . فإذا كانت الحوادث متوقعة أوكان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق النص . ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه ، فإن الحادث الذى يستطاع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع .

رابعا — أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلا . وهذا ما تعبر عنه الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى فيما رأينا بقولها : « . . إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول . . وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة » . فيجب إذن أن تزيد تكاليف العمل ، بسبب هذه الحوادث الاستثنائية العامة التى لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، زيادة فاحشة بحيث تجعل تنفيذ التزامات المقاول ، لا مستحيلا لأننا لسنا بصدد قوة قاهرة ، بل مرهقاً وعسيراً . فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى إذ التعامل بطبيعته مكسب وخسارة ، وإنما يجب أن تكون الخسارة فادحة مرهقة . وإرهاق المقاول لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرمت فى شأنها المقاولة ، فلو أن خسارته كانت فادحة فى هذه الصفقة ، ولكنها هينة بالنسبة إلى ثروته الضخمة ، أو لو كان فى صفقة أخرى حصل على مكسب كبير يعوض عليه الخسارة الفادحة فى الصفقة الأولى ، لم يعتد بشىء من ذلك ، ووجب أن نقف عند الخسارة الفادحة التى يتحملها المقاول فى الصفقة التى

= ص ١٧٦) . وإذا كان بعض الفقهاء وبعض أحكام القضاء فى فرنسا تذهب هذا المذهب (هيك ١٠ فقرة ٤٢٩ — جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧ — ١ — ٤٢٧ — ٢٣ يونيه سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ — ١ — ٣٣٢ — وقارن بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٠١) ، فذلك لأن القضاء المدنى فى فرنسا لا يقر نظرية الظروف الطارئة ، ولا يوجد نص عليها فى التقنين المدنى الفرنسى لا فى مبدأها العام ولا فى تطبيقها الخاص بعقد المقاولة ، فالالتجاء إلى نظرية الغلط طريق لا بأس به للوصول إلى حل عادل أمام انعدام النص ، ولكنه طريق يجب فى سلوكه كثير من الحيطة والحذر (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٤٠ ص ١٨١) . أما فى مصر فلسنا فى حاجة إلى سلوك هذا الطريق ، إذ النص موجود يقرر المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة ، ثم يقرر النظرية ذاتها فى تطبيقها الخاص بعقد المقاولة . ولا فرق بين حادث استثنائى يجد بعد إبرام المقاولة وحادث استثنائى موجود وقت إبرامها ولكنه غير ممكن توقعه ، فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التى « لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد » كما تقول الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى .

نحن بصددها ، ولهذا أن يحتج بهذه الخسارة فيطالب بزيادة الأجر أوبفسخ العقد كما سنرى . بل إن الإرهاق لاينتفى حتى لو كان المقاول قد خزن كمية كبيرة من المواد الأولية دون أن يتوقع علو السعر ، ثم علت أسعار هذه المواد أضعافاً مضاعفة بسبب حوادث استثنائية عامة ليس فى الوسع توقعها ، فيجوز للمقاول أن يحتج بارتفاع الأسعار ويطلب زيادة الأجر أو فسخ العقد ، أما المكسب الذى جناه من تخزين المواد الأولية فيكون له هو ، ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعى بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتى بالنسبة إلى شخص المدين(١) .

وإذا كانت شروط نظرية الظروف الطارئة فى مبدأها العام تتفق مع شروط النظرية فى تطبيقها الخاص بعقد المقاولة ، فإن الجزاء يختلف قليلا فى التطبيق الخاص عنه فى المبدأ العام . فى المبدأ العام يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . فالقاضى مطلق اليد فى معالجة الموقف الذى يواجهه ، فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل يقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق . وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد . ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ مدنى الذى يقرر المبدأ العام لا يجعل للقاضى إلا أن « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول» . فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى ، ولكن يرد إلى الحد المعقول ، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولايتحملها الدائن وحده بفسخ العقد(٢) .

أما فى التطبيق الخاص بعقد المقاولة الذى نحن بصدده ، فإن الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدنى تقول : « . . جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . فالنص إذن يجيز هنا فسخ العقد ، حيث لا يجوز ذلك فى المبدأ العام للنظرية . والقاضى يحكم بفسخ عقد المقاولة إذا رأى مبرراً

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢٠ ص ٦٤٥ — ص ٦٤٦ .

(٢) انظر فى ذلك الوسيط ١ فقرة ٤٢١ .

لذلك ، كما إذا رأى أنه إذا زاد الأجر فإن التزام المقاول يبقى مع ذلك مرهقاً وفى الوقت ذاته ترهق زيادة الأجر رب العمل ، ويفضل أن يفسخ العقد فيضع حداً لإرهاق المقاول ويمنع إرهاق رب العمل بزيادة الأجر . فإذا لم ير القاضى فسخ المقاولة ، فأمامه أن يزيد الأجر . ولكن يلاحظ أنه لايزيد الأجر زيادة تجعل المقاول لايتحمل أية خسارة من زيادة التكاليف . بل هو يحمل المقاول أولا كل الزيادة المألوفة للتكاليف ، ثم ما زاد على التكاليف المألوفة — أى التكاليف غير المألوفة — يقسمه مناصفة بين المقاول ورب العمل فيتحمل كل منهما نصيبه من هذه الخسارة غير المألوفة . فإذا كان الأجر الإجمالى المتفق عليه يبلغ مثلا عشرة آلاف ، ثم ارتفعت التكاليف بسبب حوادث استثنائية عامة غير منظورة إلى عشرين ألفاً ، وكانت الخسارة المألوفة فى مثل هذه المقاولة هى ألفان ، فإن القاضى يحمل الألفين كلهما للمقاول . ويقسم الباقى من الخسارة — وهو ثمانية آلاف [1] — نصفين ، يحمل رب العمل منهما النصف والمقاول النصف الآخر . وبذلك يتحمل رب العمل أربعة آلاف ، فيحكم القاضى بزيادة الأجر بهذا المقدار . ولما كان الأجر الأصلى هو عشرة آلاف ، فإن كامل الأجر الذى يلزم به رب العمل يكون أربعة عشر ألفاً [2] .

ولما كان وقف تنفيذ المقاولة لا يتعارض مع نصوص المادة ٦٥٨ مدنى ، فإنه يمكن القول بأن القاضى قد لايرى داعياً لفسخ المقاولة ولا لزيارة الأجر ، ويكتفى بوقف تنفيذ المقاولة حتى يزول الحادث الطارئ . وقد ورد فى الجزء الأول من الوسيط فى هذا المعنى ما يأتى : « قد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ ، إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال فى وقت قصير . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب

---

(١) لأن مجموع الخسارة هو عشرة آلاف ، إذ بلغت التكاليف عشرين ألفاً وبلغ الأجر الإجمالى عشرة آلاف . فيطرح من مجموع الخسارة (عشرة آلاف) ألفان هما الخسارة المألوفة ، والباقى وهو ثمانية آلاف يكون الخسارة غير المألوفة .

(٢) انظر فى هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ٤٢١ ص ٦٤٧ — محمد لبيب شنب فقرة ١٤٦ ص ١٧٨ .

انفتاح باب الاستيراد . فيقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق ، إذا لم يكن فى هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى »[1] .

ويلاحظ أن الجزاء المتقدم الذكر يعتبر من النظام العام ، فلايجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه ، كأن ينزل المقاول مثلا فى عقد المقاولة عن حقه فى التمسك بنظرية الظروف الطارئة ، فمثل هذا النزول يكون باطلا لايعتد به . وقد ورد ذلك صريحاً فى المادة ٢/١٤٧ مدنى التى تقرر المبدأ العام[2] ، ولم يرد فى المادة ٦٥٨ مدنى . ولكن لما كانت هذه المادة الأخيرة ليست إلا تطبيقاً للمادة الأولى ، فإنه يجب اعتبار أحكام كل من المادتين متعلقة بالنظام العام[3] .

§ ٣ – أجر المهندس المعمارى

١٠٥ — *نص قانونى* : تنص المادة ٦٦٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال .

« ٢ – فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى » .

« ٣ – غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس ،

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٤٢١ ص ٦٤٦ – ص ٦٤٧ – وانظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٤٦ ص ١٧٨ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٢١ ص ٦٤٩ .

(٣) هذا ويلاحظ أن هذا التطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة ، الوارد فى المادة ٦٥٨ مدنى ، مقصور على المقاولة التى يكون فيه الأجر قد حدد بمبلغ إجمالى على أساس تصميم متفق عليه (انظر آنفاً فقرة ١٠٠) . أما المقاولة التى يكون فيها الأجر مقدراً بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، فلم يرد فى شأنها نص خاص بنظرية الظروف الطارئة . وليس معنى ذلك أن هذه المقاولة لا تسرى عليها نظرية الظروف الطارئة أصلا ، بل معناه أن تسرى عليها النظرية فى مبدأها العام كما هو مقرر فى المادة ٢/١٤٧ مدنى ، دون التطبيق الخاص المقرر فى المادة ٦٥٨ مدنى (انظر آنفاً فقرة ٩٥ الشرط الثانى) .

وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل »[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٠٨/٤٩٧ — ٤٩٩[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٢٦ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٥٩ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٨١ ولا مقابل للنص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[3] .

١٠٦ — تكييف العقد مع المهندس المعمارى — إحالة : قدمنا أن العقد مع المهندس المعمارى يقع فى الأصل على أعمال مادية هى وضع التصميم والرسوم ، وعمل المقايسات ، وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ . وقد يقوم المهندس المعمارى ببعض التصرفات القانونية ، كعقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب المقاول وتسلم العمل منه[4] . فإذا اقتصر العقد على أعمال مادية تمحض مقاولة ، وإذا اختلطت بالأعمال المادية تصرفات قانونية كان العقد خليطاً من مقاولة ووكالة . ومن ثم تسرى أحكام المقاولة والوكالة ، ولكن عنصر المقاولة هو الغالب فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاولة . فلا يكون

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٨٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦ — ص ٤٨) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٤٠٨/٤٩٧ — ٤٩٩ : يستحق المهندس المعمارى أجرة خاصة بعمل الرسم والمقايسة وأجرة لإدارة عمل البناء ، فإن لم يحصل الاتفاق على مقدارهاتين الأجرتين يصير تقديرهما على حسب العرف الجارى . إنما إذا لم يتم العمل بمقتضى الرسم الذى أجراه المهندس ، فيكون تقدير الأجرة فقط بحسب الزمن الذى استغرقه فى عمل ذلك الرسم وباعتبار نوعه .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تطابق أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨١ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل . ولكن النص لا يخرج على القواعد العامة .

(٤) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٧ .

أجر المهندس خاضعاً لتقدير القاضى كأجر الوكيل ، ولاينتهى بموت رب العمل كما كان ينتهى لو أنه كان وكالة . وقد تقدم بيان هذا تفصيلا ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[١] .

١٠٧ — **المفروض أن المهندس يعمل بأجر** : وسواء تمحض العقد مع المهندس مقاولة أو اختلطت به الوكالة ، فالمفروض أن المهندس يعمل بأجر ، لأنه ذو مهنة حرة يتعيش منها ، والمفروض فى كل ذى مهنة حرة أنه يعمل بأجر . والأصل فى عمل المهندس الذى يؤجر عليه هو وضع التصميم وعمل المقايسة ، فإذا جمع إلى ذلك الإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال كان له أجر آخر على هذا العمل[٢] . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦٠ مدنى على ذلك صراحة كما رأينا ، إذ تقول : « يستحق المهندس المعماري أجرا مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة ، وآخر عن إدارة الأعمال » .

وإذا كان المفروض أن المهندس يعمل بأجر ، فإن هذا الفرض يقبل الدليل على العكس . فقد يستخلص من الظروف أن عمل المهندس لا أجر عليه . مثل ذلك أن يضع المهندس تصميما ويتقدم به للحصول على عمل أو على صفقة ، فإذا حصل على ما يطلبه اعتبر هذا أجراً كافياً على عمله ولا أجر له فوق ذلك . وحتى إذا لم يحصل على ما يطلبه ، فلا أجر له مادام قد تقدم بتصميمه من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك رب العمل ، إذ لا يوجد فى هذه الحالة عقد بينهما[٣] . أما إذا أعلن رب العمل عن مسابقة لوضع تصميم معين ، فمن لم يفز فى المسابقة لا حق له فى أجر على عمله ، أما من فاز فيستحق الجائزة إذا كانت هناك جائزة ، أو يستحق أن يعهد إليه العمل إذا كانت هذه هى شروط المسابقة ، فإذا لم تكن هناك جائزة ولم يعهد إليه بالعمل ولم ينفذ تصميمه استحق أجراً على عمله يقدر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة العمل (م ٦٦٠ / ٣ مدنى)[٤] كما سنرى .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٨٦ .

(٣) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٧٦ وفقرة ٣٩٧٨ .

(٤) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٧٦ — أما إذا نفذ تصميمه دون أن يشرف هو على التنفيذ ، فإنه يتقاضى أجراً يقدر وفقاً للعرف الجارى (م ٢/٦٦٠ مدنى) .

١٠٨ — كيف يقدر أجر المهندس : والذى يقع غالباً أن رب العمل يتفق مع المهندس على مقدار أجره ، فالاتفاق هو الذى يحدد فى هذه الحالة مقدار الأجر[١]. فإذا حدد على هذا النحو ، لم يجز تخفيضه بدعوى أنه مبالغ فيه ، وذلك بخلاف أجر الوكيل فإنه يجوز تخفيضه (م ٢/٧٠٩ مدنى). ولايجوز تخفيض أجر المهندس المتفق عليه ، حتى لو تضمنت الأعمال التى يقوم بها تصرفات قانونية فيكون وكيلا عن رب العمل فى هذه التصرفات ، وذلك أنه إذا اختلطت الوكالة المقاولة فالعنصر الغالب هو عنصر المقاولة وتسرى أحكامها دون أحكامها الوكالة إذا تعارضنا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[٢].

والغالب أن الاتفاق يحدد أجراً للمهندس على وضع التصميم والمقايسة ، وأجراً آخر مستقلا على إدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ ، هذا إذا كان كل ذلك معهوداً به إلى المهندس . أما إذا عهد إليه بعمل دون آخر ، فالاتفاق يحدد بداهة أجراً واحداً على هذا العمل . ولايوجد ما يمنع ، إذا عهد إلى المهندس بالعملين معاً ، أن يحدد الاتفاق أجراً واحداً للعملين دون تحديد نصيب كل من العملين فى الأجر .

---

(١) وإذا حدد أجر المهندس بالاتفاق ، لم يجز تخفيضه بدعوى أن المهندس قد ارتكب خطأ لم يثبت فى جانبه (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) ، كما لا يجوز الالتجاء إلى القضاء لتقدير الأجر بعد أن تم تقديره بالاتفاق (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٠) .

وإذا كان مالكان على الشيوع هما رب العمل ، وكان أحدهما يدفع للمهندس أقساطاً من أجره ويذكر المهندس عند تسلم هذه الأقساط أن أجره مقدر بنسبة مئوية معينة بالاتفاق مع المالك الآخر ، وذلك دون أن يعترض المالك الأول ، فهذا دليل على أن هناك اتفاقاً على تقدير أجر المهندس بهذه النسبة المئوية المعينة (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها وفقرة ١٠٦ — وكان القضاء فى فرنسا يحكم بجواز تخفيض الجزء من الأجر المقابل للتصرفات القانونية التى يقوم بها المهندس باعتباره وكيلا فيها (ديچون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ — ٢ — ٥٥ — السين ١٩ يوليه سنة ١٨٩٢ جازيت ذى پاليه ٩٤—١—٦ .suppl — ٤ فبراير سنة ١٩٠٥ Le Driot ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٥) . ولكن الفقه الفرنسى يذهب إلى أنه ، بعد صدور قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ (م ٣) الذى ينظم مهنة المهندس المعمارى ودكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ الذى يقنن واجبات المهندس المعمارى ، لا يجوز تخفيض أجر المهندس المعمارى المتفق عليه (م ٨ من الدكريتو — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ٥/٤١ — بلانيول وريپير رواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١) .

وقد يحدد الاتفاق أجر المهندس بمبلغ إجمالى ، أو يحدده بنسبة معينة من قيمة الأعمال . وفى هذه الحالة الأخيرة تكون العبرة بقيمة الأعمال الفعلية لا بالقيمة المقدرة فى المقايسة ، فلا تمكن إذن معرفة أجر المهندس بالضبط إلا بعد إنجاز الأعمال ومعرفة قيمتها الحقيقية[١] . فإذا قبل المقاول أن يخصم رب العمل جزءاً من قيمة الأعمال دخل هذا الخصم فى الحساب عند تقدير أجر المهندس ، وإذا لم ينجز المقاول من الأعمال إلا بعضها فالعبرة فى حساب أجر المهندس بقيمة هذا البعض الذى أنجز لا بقيمة الأعمال كلها[٢] . وقد يتفق على أن يكون أجر المهندس نسبة معينة ، لا من قيمة الأعمال الفعلية ، بل من قيمتها المقدرة مقدماً بحسب المقايسة . وفى هذه الحالة يمكن تقدير أجر المهندس مقدماً قبل إنجاز الأعمال ، فهو هذه النسبة المتفق عليها من القيمة المقدرة للأعمال قبل البدء فيها ، ولا عبرة إذن بقيمة الأعمال الفعلية سواء كانت هذه القيمة أقل أو أكثر من القيمة المقدرة . على أنه إذا ثبت أن المهندس قد بالغ فى تقدير قيمة الأعمال بحسب المقايسة التى وضعها حتى يزيد بذلك من أجره ، أنقصت القيمة المقدرة إلى المقدار المناسب وحسب أجر المهندس تبعاً لذلك ، مع إلزامه بالتعويض عن أى ضرر يلحق رب العمل من جراء هذا الغش[٣] .

أما إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر ، فالمفروض مع ذلك أن المهندس يعمل بأجر كما سبق القول . وقد كانت القواعد العامة تقضى فى هذه الحالة بأن يرجع فى تحديد أجر المقاول إلى قيمة العمل ونفقات المهندس ، كما تقضى المادة ٦٥٩ مدنى فيما رأينا إذ تقول : « إذا لم يحدد الأجر سلفاً ، وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول »[٤] . ولكن المشرع

(١) ويعتد فى تقدير القيمة الفعلية للأعمال بما تم من اتفاق بين رب العمل والمقاول ، ما لم يثبت المهندس صورية هذا الاتفاق (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٤) . ويدخل فى قيمة الأعمال ، ليس فحسب قيمة أعمال البناء ، بل أيضاً قيمة الأعمال التابعة ولو كانت منقولة ، كالكراسى والأجهزة الكهربائية فى المسرح محل التعاقد إذا كانت مهمة المهندس تتضمن المساعدة فى اختيار هذه الأشياء وتحديد أثمانها (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٩٠ .

(٣) بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٩١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٩٠ .

اختص المهندس بنص يتعلق بتحديد أجره إذا لم يحدد الاتفاق هذا الأجر ، فنصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٦٦٠ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « ١ — يستحق المهندس المعمارى أجراً مستقلا عن وضع التصميم وعمل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال ، ٢ — فإذا لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى » . ففى تقدير أجر المهندس لايرجع القاضى إلى قيمة العمل ونفقات المهندس كما تقضى القواعد العامة فيما هو منصوص عليه فى المادة ٦٥٩ مدنى ، بل يرجع إلى العرف الجارى كما تقضى المادة ٦٦٠ مدنى سالفة الذكر . والمقصود بالعرف الجارى هو عرف المهندسين المعماريين. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى فى مصر على أن يعطى المهندس ٢٪ من قيمة الأعمال لوضع التصميم وعمل المقايسة ، ويعطى ٣٪ من قيمة الأعمال للإشراف على التنفيذ وإدارة الأعمال[1]. على أن نقابة المهن الهندسية ، فى شعبتها للهندسة المعمارية ، قد سنت لائحة لأتعاب المهندس المعمارى . وقد قسمت اللائحة (م ١٢) الأعمال إلى أربع فئات تبعاً لأهميتها ، وحددت لكل فئة أتعاباً ، عن وضع المشروعات الابتدائية والنهائية وعمل المقايسات والعقود والعطاءات والإشراف على التنفيذ ، تقدر بنسبة معينة من تكاليف البناء بحيث تنقص هذه النسبة كلما زادت التكاليف . وتتراوح نسبة الأتعاب بالنسبة إلى الفئة الأولى بين ٤٪ و٩٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الثانية بين ٥٪ و١٠٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الثالثة بين ٩٪ و١٣٪ ، وبالنسبة إلى الفئة الرابعة بين ١١٪ و١٦٪ . فإذا أحال المتعاقدان صراحة على هذه اللائحة ، سرت باعتبارها اتفاقاً تم بين رب العمل والمقاول . وغنى عن البيان أن للمتعاقدين أن يتفقا على نسب أقل أو أكثر مما ورد فى اللائحة . وإذا سكت المتعاقدان عن تحديد مقدار الأجر ، جاز للقاضى أن يرجع إلى هذه اللائحة للاستئناس بها فى تبين العرف الجارى الذى يسير عليه المهندسون المعماريون فى تقدير أتعابهم[2] .

---

(١) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣١٠ — ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧ (ويقضى الحكم بأنه لا يوجد فى مصر عرف لتحديد أجر المهندس ، فيترك الأمر لتقدير القاضى ، ويسترشد بقيمة الأعمال التى تمت وبمقدار الوقت الذى استغرقته هذه الأعمال) .

(٢) انظر محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص ٧٠ هامش ١ — وانظر فى أتعاب المهندس =

١٠٩ — **جواز تخفيض أجر المهندس** : وسواء قدر أجر المهندس بموجب اتفاق أو قدر بموجب العرف الجارى ، فالأصل أن هذا الأجر لا يجوز تخفيضه بعد تقديره ، وفى هذا يختلف أجر المهندس عن أجر الوكيل كما سبق القول . غير أن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدنى نصت فى حالة معينة على تخفيض أجر المهندس ، إذ تقول كما رأينا : « غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذى وضعه المهندس ، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذى استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل » . وهنا يتبين أننا أمام أحد الاستثناءات الثلاثة التى يجوز فيها تعديل الأجر المتفق عليه ، وهى الاستثناءات التى سبق ذكرها فيما تقدم[1] .

وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن المهندس الذى يضع تصميماً متفقاً عليه بينه وبين رب العمل يكون له الحق فى الأجر المتفق عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأجر ، أو فى الأجر المقدر بحسب العرف الجارى إذا لم يكن هناك اتفاق ، وذلك سواء تم العمل بموجب التصميم الذى وضعه المهندس ، أو عدل رب العمل عن هذا التصميم إلى تصميم آخر ، أو عدل أصلا عن

= المعمارى فى فرنسا : بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٧٩ — فقرة ٣٩٩٧ (الأتعاب بحسب التعريفة القديمة) — أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ architecte فقرة ٧٠ — فقرة ٨٩ (الأتعاب بحسب التعريفات المتعاقبة) وفقرة ٩٤ (فيما يتعلق بواجب المهندس المعمارى فى فرنسا فى التأمين على مسئوليته) .

وانظر فى تنظيم مهنة المهندس المعمارى فى فرنسا قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المعدل بقوانين ٢١ سبتمبر سنة ١٩٤١ و٣ فبراير سنة ١٩٤٢ و٢٥ مارس سنة ١٩٤٣ وأول أبريل سنة ١٩٤٤ و٣٠ أغسطس سنة ١٩٤٧ . وانظر دكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ المكمل بدكريتو ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ .

ولا يجوز للمهندس فى فرنسا أن يحصل من المقاول على أية منفعة نقدية كانت أو عينية (قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٣ الفقرة الثانية ودكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ م ١٩ — أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ architecte فقرة ٦١) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى فى مصر المادة الثانية من لائحة الأتعاب التى وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسية (فيما يلى فقرة ١١٠ فى الهامش) .

والقاضى ، عندما يقدر الأجر حيث لا يوجد اتفاق على مقداره ، يبت فى مسألة موضوعية ، فلا رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٩٥٨ داللوز ١٩٥٨ — ٤٩٥ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٣٩٨٤ — محمد لبيب شنب فقرة ٥٦ ص ٧١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٣ .

العمل . ولا يستثنى من ذلك إلا صورة ما إذا كان رب العمل قد عدل عن التصميم بسبب عيب فيه ، أو بسبب عدم انطباقه على التعليمات التى صدرت من رب العمل ، أو بسبب تأخر المهندس فى وضعه ، وبوجه عام إذا كان السبب فى العدول يرجع إلى خطأ من المهندس . أما إذا كان العدول لا يرجع إلى خطأ المهندس ، فإن هذا يستحق أجره كاملا إذ قد أنجز العمل الذى كلف به . وهذا هو ما جرى عليه الفقه والقضاء فى فرنسا[١] .

ولكن الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٠ مدنى تقضى كما رأينا بغير ذلك . فهى لا تجعل للمهندس حقاً فى أجره كاملا إذا لم يتم العمل بموجب التصميم الذى وضعه بغير خطأ منه . بل تجعل تقدير أجر المهندس فى هذه الحالة بحسب مقدار الزمن الذى استغرقه المهندس فى وضع التصميم مع مراعاة كفاية المهندس وسمعته فى تقدير أجره بحسب الزمن ، وبحسب طبيعة التصميم من حيث الدقة والصعوبة الفنية . ويغلب أن يكون تقدير الأجر على هذا النحو من شأنه أن يجعل الأجر أقل من الأجر المتفق عليه أو من الأجر المقدر بحسب العرف الجارى[٢] . ويعلل ذلك بأن رب العمل لم يفد شيئاً من التصميم ، وقد عوض المهندس عن عمله تعويضاً كاملا ، وإن كان هذا التعويض أقل من الأجر المستحق له[٣] .

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٢٦ – بودرى وفال ٢ فقرة ٣٩٨٦ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٩ – نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٥ – ١ – ٢٥٩ – مجلس الدولة الفرنسى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت دى پاليه ١٩٢٨ – ٢ – ١٤١ – ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٨ – ٥٨ – ٦ يوليه سنة ١٩٣٨ مجلة أحكام مجلس الدولة ١٩٣٨ – ٦٤٣ – ديجون ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ – ٢ – ٥٥ – السين ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ – ١ – ١٢٥ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف قد جرى بإعطاء المهندس الذى لم ينفذ تصميمه خمسى (٢/٥) الأتعاب التى كان يأخذها لو أن تصميمه قد نفذ (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٥) .

(٣) هذا إلى أن المهندس الذى لم ينفذ تصميمه لم يتعرض للمسئولية التى كان يتعرض لها لو أن التصميم قد نفذ ، ومن ثم وجب عدلا أن ينقص الأجر الذى يتقاضاه فى حالة عدم تنفيذ التصميم عن الأجر الذى يتقاضاه فى حالة تنفيذ التصميم (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٩) .

ويجب ، ليكون التصميم كاملا ، أن يكون مصحوباً بمقايسة مفصلة عن تكاليف الأعمال وجميع الشروط المتعلقة بطبيعة كل عمل ، وإلا كان التصميم ناقصاً ويراعى ذلك عند تقدير الأجر (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١٧) . ولكن يقدر على كل حال أجر =

وغنى عن البيان أنه إذا لم يتم العمل بموجب التصميم بسبب خطأ المهندس، كأن كان التصميم معيباً أو غير منطبق على تعليمات رب العمل أو تأخر المهندس فى تقديمه تأخراً لامبرر له وضاراً برب العمل ، فإن المهندس لايستحق أجراً ، حتى هذا التعويض الذى نصت عليه المادة ٣/٦٦٠ مدنى فيما قدمنا[1].

المطلب الثانى

طرفا الدفع وزمانه ومكانه وضماناته

§ ١ – طرفا الدفع

١١٠ – *المدين بالأجر* : المدين بأجر المقاول هو رب العمل بالذات الذى تعاقد معه ، حتى لو انتفع بالعمل شخص آخر . مثل ذلك أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول بمالك الأرض التى أقيم عليها البناء تحت شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط فآلت الأرض إلى المالك تحت شرط واقف ، فى هذه الحالة يرجع المقاول بأجره على المالك الذى تعاقد معه وهو المالك تحت شرط فاسخ ، ولايرجع مباشرة على المالك تحت شرط واقف الذى آلت إليه ملكية الأرض وإنما يرجع بدعوى غير مباشرة باسم الأول على الثانى.

= التصميم ولو كان ناقصاً غير مصحوب بالمقايسة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٣ – ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٢ – ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠١ – ٣١ دلسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٥) . وإذا وضع المهندس التصميم والمقايسة ، ثم عدل رب العمل عن فكرته الأولى مما استدعى وضع تصميم ومقايسة جديدين ، استحق المهندس أتعاباً عن التصميم والمقايسة الأولين (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٩) .

(١) ولا يجوز تخفيض أجر المهندس عن وضع التصميم متى تم العمل بموجب هذا التصميم ، حتى لو هلك العمل قبل تسليمه لرب العمل ، فإن الذى هلك ليس هو عمل المهندس وهو التصميم ، بل العمل الذى قام به المقاول . فإذا هلك التصميم قبل تسليمه لرب العمل ، هلك على المهندس، كما تقضى القواعد العامة (م ٦٦٥ مدنى وانظر آنفاً فقرة ٥٣) . وانظر فى هذه المسألة أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤١٩ .

ولا تعتبر القاعدة التى تقضى بتخفيض أجر المهندس إذا لم يتم العمل بموجب التصميم من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ومن ثم يجوز للمهندس أن يشترط على رب العمل أن يتقاضى أجره كاملا ، سواء تم العمل بموجب التصميم أولم يتم بموجبه .

ومثل ذلك أيضاً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو زوج لصاحبة الأرض ، فيرجع المقاول بأجره على الزوج لا على الزوجة ، ويرجع بدعوى غير مباشرة باسم الزوج على الزوجة . ومثل ذلك أخيراً أن يكون رب العمل الذى تعاقد مع المقاول هو المستأجر وقد استرد المؤجر العين المؤجرة بما عليها من بناء أقامه المستأجر ، فيرجع المقاول بأجره على المستأجر ، ويرجع بدعوى غير مباشرة باسم المستأجر على المؤجر[1] .

وإذا كان المهندس المعمارى هو الذى تعاقد مع رب العمل عن كل الأعمال بما فيها أعمال التنفيذ ، فعمل مهندساً ومقاولا فى وقت واحد ، ثم استخدم مقاولا لتنفيذ العمل ، فهذا المقاول يرجع بأجره على المهندس الذى تعاقد معه لا على رب العمل . وإنما يرجع على رب العمل بدعوى غير مباشرة باسم المهندس ، مع الاحتفاظ بحقه فى الرجوع مباشرة على رب العمل على أساس أنه مقاول من الباطن يرجع مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون هذا مدينا به للمهندس طبقاً لأحكام المادة ٦٦٢ مدنى . وعلى العكس من ذلك إذا كان المقاول هو الذى تعاقد مع رب العمل واستخدم مهندساً ، فالمهندس يرجع بأجره على المقاول لا على رب العمل ، مع الاحتفاظ بحقه فى الدعوى غير المباشرة باسم المقاول وفى الدعوى المباشرة قبل رب العمل . أما إذا كان كل من المهندس والمقاول تعاقد مع رب العمل ، فلكل منهما أن يرجع بأجره على هذا الأخير ، حتى لو كان المهندس هو الذى اختار المقاول أو كان المقاول هو الذى اختار المهندس[2] .

---

(١) انظر فى كل ذلك بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠١٩ .

(٢) انظر فى هذه المسألة بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٢٠ — السين ١٦ يوليه سنة ١٩٠٣ Le Droit ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٣ .

وإذا كان المهندس يشرف على المقاول فى تنفيذ الأعمال ، لم يجز أن يتقاضى منه أى أجر . وإذا تعهد المقاول بإعطائه أجراً أو نسبة معينة من قيمة المقاولة ، كان هذا التعهد باطلا ، لأنه يتعارض مع واجب المهندس فى الإشراف على المقاول بدقة وأمانة . وقد نصت المادة الثانية من لائحة الأتعاب التى وضعتها شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهن الهندسية على أنه يجب على المهندس المعمارى عند تنفيذ تفويضه أن يحمى حقوق المالك الشرعية ، على أن يكون مستقلا تماماً عن الموردين والمقاولين ، ولا يقبل منهم أى عمولة أو امتيازات من أى نوع ، بل تكون أتعابه من المالك وحده (انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٣٢ ص ١٥٧ وهامش ٣ — وانظر فى القانون الفرنسى المادة ٢/٣ من قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤١ وم ١٩ من دكريتو ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ — =

وإذا تعدد أرباب العمل ، لم يكونوا متضامنين فى الالتزام بالأجر إلا إذا وجد اتفاق على التضامن ، وينقسم الأجر بينهم بنسبة حصتهم فى العمل ، فإن لم تتعين حصة كل منهم انقسم الأجر بينهم بالتساوى[١] .

وإذا مات رب العمل ، قام مقامه ورثته فى الالتزام بالأجر فى حدود التركة ، ذلك لأن المقاولة لا تنتهى بموت رب العمل .

والذى يدفع الأجر هو المدين به أى رب العمل . وقد يدفعه نائبه ، كولى أو وصى أو قيم أو وكيل . ولكن لابد من وكالة خاصة فى دفع الأجر ، إذ دفع الأجر من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة (م ٧٠٢ مدنى)[٢] .

١١١ — **الدائن بالأجر** : الدائن بالأجر هو المقاول الذى تعاقد مع رب العمل . ويحل محله ورثته ، إذ المقاولة لا تنتهى بموت المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد (م٦٦٦ مدنى) . ويحل محله كذلك الخلف الخاص ، كما إذا نزل عن المقاولة أو عن الأجرة لآخر فالمحال له يكون خلفاً خاصاً ويكون دائناً بالأجر[٣] . ولدائنى المقاول أن يستعملوا حق مدينهم فى الرجوع بدعوى غير مباشرة على رب العمل بأجر المقاول[٤] .

ويحل محل المقاولة كذلك فى الدائنية بالأجر المقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، فقد نصت الفقرة الأولى من

= أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ architecte فقرة ٦١ — السين ٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٢ — ٤٨٦ — وانظر آنفاً فقرة ١٠٨ فى الهامش) .

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠١٩ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louge d' ouv. et d'ind فقرة ٧٦ — محمد لبيب شنب فقرة ١٣٢ ص ١٥٧ — باريس ٣٠ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٣ — ١ — ٤٧ .

(٢) وكان القضاء الفرنسى يجرى على أن المهندس المعمارى وكيل بحكم عمله عن رب العمل فى تسوية حساب المقاول ودفع أجره (نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢ — ١ — ١٠٥ — أميان ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ — ٢ — ٧١) . ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت أخيراً بأن المهندس لا صفة له فى دفع الأجر ، إلا إذا كانت لديه وكالة خاصة من رب العمل فى ذلك (نقض فرنسى ٣ نوفبر سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٧ — ١ — ٧٧ — ٩ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٣١ — ١ — ١٠٤) . وأيد هذا المبدأ المادة ٤ من الدكريتو الفرنسى الصادر فى ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٤١ (انظر بلانيول وريپير وزواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧٢) .

(٣) انظر ما يلى فقرة ١١٧ .

(٤) هيك ١٠ فقرة ٤٢١ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٢١ .

المادة ٦٦٢ مدنى على أن « يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل». وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا فيما يلى عند الكلام فى المقاولة من الباطن[1] .

وإذا تعدد المقاولون ، لم يكونوا دائنين متضامنين بأجورهم ، بل ينفرد كل منهم بأجره الخاص به ولاشأن له بأجور المقاولين الآخرين ، ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك . وهذا هو الحكم أيضاً فى تعدد الوكلاء فإنهم ، إذا لم يكن هناك اتفاق خاص على التضامن ، لا يكونون متضامنين فيما لهم من أجور فى ذمة الموكل ، إذ لا يوجد نص قانونى يقضى بهذا التضامن كما وجد نص قانونى (م ٧٠٧/١ مدنى) يقضى بتضامن الوكلاء فى المسئولية نحو الموكل .

§ ٢ – زمان الدفع ومكانه

١١٢ — *زمان الدفع — نص قانونى* : تنص المادة ٦٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك »[2] .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٣٠ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يستحق دفع الثمن عند التسليم ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ، ويراعى فى ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط أوما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل » ، وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالأحكام العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ – ص ٣٤) – وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٥ – ص ٣٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكنه لا يخرج عن القواعد العامة وما تقضى به طبيعة عقد المقاولة من أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل . =

فدفع الأجر إذن يكون فى الموعد المحدد فى الاتفاق ، إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ويغلب أن يكون فى عقد المقاولة اتفاق على مواعيد دفع الأجر ، وكثيراً ما يتفق على أن يدفع رب العمل جزءاً من الأجر مقدماً قبل البدء فى العمل[١] ، ثم يدفع باقى الأجر على أقساط يؤدى كل قسط منها عقب إتمام جزء معين من العمل أو عقب انقضاء فترة معينة من الوقت . وقد ورد فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى نص صريح فى هذا المعنى ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٧٣ من هذا التقنين على ما يأتى : « وإذا كانت الأجرة معينة أجزاء على شرط أن يدفع الجزء منها كلما انقضى شطر من الزمن أو تم قسم من العمل ، فإن الدفع يستحق عند انقضاء كل شطر أو إتمام كل قسم »[٢].

فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين أو مواعيد معينة ، وكان هناك عرف للصنعة يحدد مواعيد دفع الأجر ، وجب اتباع ما يقضى به العرف . وأكثر ما يجرى به العرف فى المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل ، وفى المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازه من العمل[٣] .

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٧٦ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٣٣ : إن السيد أو المولى يلزمه أن يدفع الأجر أو البدل وفاقاً لشروط العقد أو لعرف المحلة . وإذا لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، فلا يستحق أداء البدل إلا بعد القيام بالخدمة أو إيفاء العمل .

م ٦٧٣ : لا تستحق الأجرة إلا بعد إتمام المنشأ أو العمل . وإذا كانت الأجرة معينة أجزاء على شرط أن يدفع الجزء منها كلما انقضى شطر من الزمن أو تم قسم من العمل ، فإن الدفع يستحق عند انقضاء كل شطر أو إتمام كل قسم . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ .

(٢) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٣) وتدفع الأقساط عادة تحت الحساب ، ولا يكون هناك حساب نهائى إلا بعد تمام العمل ، وكل ما دفع من الأقساط فى خلال العمل يخصم من أصل المبلغ المتفق عليه ، وما بقى يدفعه رب العمل للمقاول . وقد كانت المادة ٤١٢/٥٠٤ من التقنين المدنى القديم تنص صراحة على هذا الحكم فتقول : «لا ينقطع حساب المقاولة إلا بعد تمام العمل ، وكل حساب معمول فى خلال =

وإذا لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، فقد كان الواجب تطبيق القواعد العامة ، وهى تقضى بأنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » (م ١/٣٤٦ مدنى) . فكان يجب أن يكون الوفاء بالأجر بمجرد تمام عقد المقاولة وترتب الالتزام بالأجر نهائياً فى ذمة رب العمل ، أى أن يدفع الأجر مقدماً قبل إنجاز العمل . ولكن المادة ١/٣٤٦ مدنى تتحفظ كما رأينا فتقول : « ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . وقد وجد النص الذى يقضى بغير ذلك فى المادة ٦٥٦ مدنى سالفة الذكر ، إذ تقول : « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل » . أى تدفع الأجرة مؤخراً لا مقدماً ، وعند تسلم العمل . وهذا الحكم هو الذى تقضى به طبيعة عقد المقاولة ، فالمقاول يتعهد بموجب هذا العقد بإنجاز عمل معين فى مقابل أجر معين ، وبمجرد تمام عقد المقاولة يصبح دائناً بالأجر فى مقابل عمل لم ينجزه ، فمن الطبيعى ألا يستحق الأجر إلا بعد إنجاز العمل وتقبل رب العمل إياه[1] .

على أن دفع الأجرة عند تسلم العمل مشروط فيه أن يكون العمل مطابقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها ولأصول الفن لهذا النوع من العمل . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٥٦ مدنى سالفة الذكر يشير إلى ذلك إذ يقول : « يستحق دفع الثمن عند التسليم إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك ، ويراعى فى ذلك حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٢ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « على أنه يجوز لرب العمل أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد فى العقد من شروط أو ما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل » . وقد حذفت

= الأشغال يعتبر مؤقتاً ، وكل ما دفع فى خلال هذه الأشغال يخصم من أصل مبلغ المقاولة إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك » . ولم ينقل التقنين المدنى الجديد هذا النص ، ولكن ورد فى المشروع التمهيدى نص يقابله هو المادة ٨٩٤ من هذا المشروع (انظر آنفاً فقرة ٨٤ فى الهامش) ، والنص على كل حال ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن العمل به استناداً إلى هذه القواعد .

(١) هيك ١٠ فقرة ٤١٨ – جيوار ٢ فقرة ٨٢١ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٢ ص ١٧١ . وهذا هو أيضاً ما قررناه فى ميعاد دفع الأجرة فى عقد الإيجار ، إذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، فتدفع الأجرة مؤخرا لا مقدماً ، إذ الأجرة تقابل المنفعة فلا تستحق إلا باستيفائها (الوسيط ٦ فقرة ٣٤٣ ص ٤٧٠ – ص ٤٧١) .

هذه الإشارة فى لجنة المراجعة ، إذ هى ليست إلا تقرير للقواعد العامة[1] .
ويخلص من ذلك أن لرب العمل حبس الأجر ، فلايدفعه لا فى الميعاد المتفق عليه ولا فى الميعاد الذى يقضى به العرف ولاعند تسلم العمل ، إذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المشترطة أو غير متفق مع ما تقضى به أصول الصنعة . ويبقى الأجر تحت يده محبوساً حتى يصلح المقاول العيوب التى شابت العمل[2] . وهذا ما تقضى به القواعد العامة ، إذ دفع الأجر التزام فى ذمة رب العمل يقابله التزام المقاول بإنجاز العمل على الوجه الواجب ، فإذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزامه بإنجاز العمل على الوجه الواجب جاز لرب العمل أن يقف هو أيضاً تنفيذ التزامه بدفع الأجر . وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد (م ١٦١ مدنى) . ويترتب على ذلك من باب أولى أنه إذا تأخر المقاول فى تسليم العمل ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع الأجر ولو كان الميعاد المتفق عليه للدفع قد حل . وإذا كان الأجر يدفع على أقساط ، كل قسط عقب إتمام جزء معين من العمل ، وتأخر المقاول فى إتمام هذا الجزء عن الميعاد المتفق عليه ، جاز لرب العمل أن يمتنع عن دفع القسط من الأجر المقابل للجزء الذى لم يتم[3] .

ويبقى الأجر فى ذمة رب العمل واجباً دفعه فى الميعاد على النحو الذى فصلناه فيما تقدم . وإذا تأخر رب العمل فى الدفع ، بقى الأجر فى ذمته قائماً حتى يسقط بالتقادم . وقد نص القانون ، فى خصوص بعض المقاولين ، على مدة تقادم خاصة ، فنصت المادة ٣٧٦ مدنى على أنه« تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٣ – ص ٣٦ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠١٨ .

(٣) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٠ – انظر فى حبس رب العمل للأجر حتى يتسلم العمل مطابقاً للشروط والمواصفات وأصول الصنعة ، وأن صورة عملية لهذا الحبس هى أن يترك رب العمل الشيء للصانع دون أن يدفع له الأجر (laissé pour compte) : بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ – ص ١٧٤ – نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ١١٠ .

عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » . ونصت المادة ٣٧٨ مدنى على أن « تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) . . وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .. » . وفيمن عدا من ورد فيهم نص خاص من المقاولين ، لايسقط أجر المقاول بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأجر ، وذلك طبقاً للقواعد العامة[1] .

١١٣ — مكان الدفع : لا يوجد نص خاص يعين المكان الذى يجب فيه دفع الأجر ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن يكون الدفع فى المكان المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق كان الدفع فى المكان الذى يقضى به العرف . وأكثر ما يقضى به العرف أن يكون الدفع فى المكان الذى يتم فيه تسليم العمل ، فيسلم المقاول العمل ويتقاضى الأجر فى مكان واحد . وقد جعل تقنين الموجبات والعقود اللبنانى القاعدة العامة أن يكون مكان تسليم العمل هو المكان الذى يدفع فيه الأجر ، فنصت المادة ٦٧٦ من هذا التقنين على أنه « يجب الدفع فى المكان الذى يجب فيه تسليم المصنوع » .

فإذا لم يوجد اتفاق ولاعرف ، وجب تطبيق المادة ٣٤٧ مدنى ، وهى تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى

---

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤ — نقض فرنسى ٤ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ — ١ — ٣٤٤ — ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ١٣٢ — وتقضى المادة ٢٢٧١ مدنى بتقادم حقوق العمال والخدم (ouvriers et gens de travail) فى أجورهم اليومية ومرتباتهم وثمن ما قاموا به من توريدات بستة أشهر . أما فى مصر فتتقادم بسنة واحدة « حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ماقاموا به من توريدات » (م٣٧٨/١ مدنى) . ويجرى القضاء الفرنسى على التمييز فى المقاولين بين مقاول صغير يعمل بنفسه أو بمساعدة بعض العمال كصغار الصناع وأرباب الحرف (artisans) من نجار وحداد وسباك الخ وهذا يكون فى حكم العامل ويتقادم حقه فى الأجر بستة أشهر ، وبين مقاول كبير ترتفع به مكانته الاجتماعية عن طبقة العمال (entrepreneur patron) وهذا لايتقادم أجره إلا بثلاثين سنة (نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ — ١ — ٣٠٨ — ٧ يونيه سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ — ١ — ٣٣٣ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠١ — ١ — ١١١ — ٣ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ١١٠ — ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ١١٧ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٢٤ (ومع ذلك قارن فقرة ٣٠٠٠ — أنسيكلوپيدى ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٩١) .

المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . أما فى الالتزامات الأخرى ، فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال » . فإذا كان الأجر شيئاً معيناً بالذات — وهذا نادر — فالوفاء يكون فى مكان وجود هذا الشىء وقت إبرام المقاولة . أما إذا كان الأجر من المثليات ويكون غالباً من النقود ، فالوفاء يكون فى موطن رب العمل أو فى مركز أعماله إذا كانت المقاولة متعلقة بهذه الأعمال[1] .

وإذا كان مكان دفع الأجر هو موطن رب العمل ، وغير هذا موطنه بعد إبرام عقد المقاولة ، فمكان الدفع هو موطنه وقت دفع الأجر لا الموطن السابق الذى كان له وقت انعقاد المقاولة ، إذ نص المادة ٢/٣٤٧ مدنى صريح فى أن يكون الوفاء فى موطن المدين وقت الوفاء . وإذا اتفق على أن يكون الدفع فى موطن المقاول عمل بهذا الاتفاق ، وإذا غير المقاول موطنه لم يلتزم رب العمل يدفع الأجر فى الموطن الجديد خلافاً للمسألة السابقة . وذلك لأن اشتراط الدفع فى موطن المقاول استثناء من القواعد العامة والاستثناء لا يتوسع ، وإذا أراد المتعاقدان أن يكون الدفع فى موطن المقاول ولو تغير فعليهما أن ينصا على ذلك[2] .

وإذا تعين مكان دفع الأجر على النحو المتقدم الذكر ، لم يجز لرب العمل الدفع فى مكان آخر إلا إذا اقتضى الأمر ذلك ، كأن حجز مثلا دائن للمقاول على الأجر تحت يد رب العمل فيجوز لهذا الأخير فى هذه الحالة أن يودع الأجر خزانة المحكمة .

§ ٣ — ضمانات الدفع

١١٤ — تطبيق القواعد العامة : وإذا لم يدفع رب العمل الأجر ، أو تأخر فى الدفع ، أو لم يدفع فى المكان الواجب الدفع فيه ، أو أخل بأى التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الأجر على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، فللمقاول أن يطالب بما تقضى به القواعد العامة من جزاء .

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣١ .

(٢) انظر فى هذه المسألة فيما يتعلق بمكان دفع الأجرة فى عقد الإيجار : الوسيط ٦ فقرة ٣٤٤ ص ٤٧٥ .

فله أولا أن يطلب التنفيذ العينى ، فيستصدر حكماً على رب العمل بالأجر المستحق ، وينفذ هذا الحكم على جميع أموال رب العمل ويدخل فيها العمل الذى أنجزه من بناء أو منشآت أو غير ذلك . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن جميع ما أصابه من ضرر من جراء إخلال رب العمل بالتزامه . وله أن يتقاضى فوائد عن الأجر بالسعر القانونى منذ المطالبة القضائية بهذه الفوائد وفقاً للقواعد العامة ، وقد تقدم بيان ذلك[1] . وللمقاول وهو يقوم بالتنفيذ العينى على أموال رب العمل ، أن يستعمل حقه فى الامتياز حيث يقرر له القانون حقاً فى ذلك على النحو الذى سنبينه فيما يلى[2] .

وللمقاول ، بدلا من طلب التنفيذ العينى ، أن يطلب فسخ عقد المقاولة . والقاضى يقدر هذا الطلب . فإما أن يجيبه إليه إذا وجد مبرراً لذلك فيقضى بالفسخ وبالتعويض إذا كان له مقتض ، كأن يكون المقاول قد أنفق مصروفات على إنجاز العمل فيرجع بها على رب العمل كما يرجع بجميع ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الصفقة عليه ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة . وإما أن يرى القاضى ألا مبرر لإجابة المقاول إلى طلب الفسخ ، كأن يكون الأجر الباقى دفعه مبلغاً غير كبير أو يكون التعويض الذى يقضى به على رب العمل فيما إذا حكم بالفسخ مبلغاً جسيما لا تبرره الظروف ، وفى هذه الحالة لا يحكم القاضى بالفسخ ، وله أن يمهل رب العمل حتى يقوم بوفاء التزامه كاملا من دفع الأجر ، وهذا كله طبقاً للقواعد العامة (م١٥٧ مدنى) .

١١٥ — الحق فى حبس العمل لاستيفاء الأجر : رأينا فيما تقدم[3] أن لرب العمل أن يحبس الأجر حتى يسلم المقاول العمل مطابقاً للمواصفات المشترطة ولأصول الفن . والآن نقرر أن للمقاول ، هو أيضاً ، أن يحبس العمل حتى يستوفى أجره . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٠٢ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ، ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٩١ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١١٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١١٢ .

قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص أنه مقتبس من تقنينات مختلفة منها التقنين المدنى الألمانى ، ويقرر هذا التقنين (م ٦٤٨) الحق للمقاول فى أعمال البناء فى أن يطلب رهناً على العقار الذى بناه ضماناً لاستيفاء ما له من حقوق قبل رب العمل . ويغنى عن ذلك فى مصر ما للمقاول من حق امتياز على البناء (م ١١٤٨ مدنى) . وقد حذف النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة فى حق الحبس »[1] .

والقواعد العامة فى حق الحبس مقررة فى المادة ٢٤٦/١ مدنى ، وتنص على ما يأتى : « لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أومادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » . وقد طبق هذا الحق فى الحبس تطبيقاً خاصاً فى صورة دفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الملزمة للجانبين ، فنصت المادة ١٦١ مدنى على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به »[2] .

ويخلص من هذه النصوص أن للمقاول أن يحبس ما تحت يده من العمل حتى يستوفى ما هو مستحق له من الأجر . ولا فرق فى ذلك بين منقول وعقار ، وقد كانت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى المحذوفة تقتصر على المنقول ، فأصبح لامبرر لهذا القيد بعد حذف المادة استغناء عنها بتطبيق القواعد العامة[3] . ويحبس المقاول ما تحت يده ، لا المادة التى قدمها فحسب بل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧ – ص ٤٨ فى الهامش .

(٢) وليس فى التقنين المدنى الفرنسى نصوص تقابل هذه النصوص ، ومع ذلك فالفقه والقضاء فى فرنسا يقرران للمقاول حق الحبس ، بناء على مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ومدا لحق حبس المقاول للمادة التى وردها من عنده باعتباره بائعاً لها ، وعملا بالمادة ٤٨ من الباب الأول من تقنين العمل التى تعطى للعامل الصانع حق الحبس بشروط معينة (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٢ – فقرة ٤٠٢٣ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٥) .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٩ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ .

المادة التي قدمها رب العمل نفسه والأدوات والمهمات التي تسلمها منه ، فهذه كلها واجب تسليمها لرب العمل فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم إلى أن يستوفى أجره[1] . وتنص المادة ٦٧٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا المعنى على أنه « يحق للصانع أن يحبس المنشأ وسائر الأشياء التي استلمها من صاحب الأمر للقيام بالعمل ، إلى أن يدفع له البدل أو الأجر وما يكون قد أسلفه عند الاقتضاء ، ما لم يكن العقد يقضى بالدفع فى أجل معين . وفي هذه الحالة يكون الصانع مسئولا عن الشيء الذى يحبسه وفاقاً للقواعد المختصة بالمرتهن »[2] .

وتسرى فى حق الحبس المقرر للمقاول حتى يستوفى أجره القواعد العامة المقررة فى الحق فى الحبس[3] . ولما كان حق الحبس غير قابل للتجزئة ، فإنه يجوز للمقاول أن يحبس كل العمل حتى يستوفى أى جزء باق له من الأجر . وذلك ما لم يتفق على أن الأجر يدفع أقساطاً بحسب ما يتم إنجازه من العمل ، فما تم إنجازه ودفع أجره لا يجوز حبسه ، ولا تحبس إلا الأجزاء من العمل التى تمت ولم يستوف المقاول أجرها[4] . وإذا سلم المقاول العمل مختاراً ، انقضى حق حبسه . وينبنى على ذلك أن الصانع إذا سلم المصنوع لرب العمل ، ثم أرجعه رب العمل للصانع لعمل إصلاحات فيه ، جاز للصانع أن يحبسه فى الأجر المستحق لهذه الإصلاحات الأخيرة ، دون الأجر المستحق لصنع

---

(١) فللمقاول أن يحبس رخصة البناء ومستندات ملكية الأرض ، وللمهندس أن يحبس ما حصل عليه من رخص باسم رب العمل ، وللمحامى أن يحبس المستندات التى سلمها إياه موكله (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٣ ص ١٧٣ – نقض فرنسى ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ – ١ – ٤٠ – ٢٨ يوليه سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤) .

(٢) وإذا اقتصر عمل المقاول على الحفر والردم فى مكان ظل فى حيازة مالكه ، فليس للمقاول الحق فى حبس هذا المكان حتى يستوفى أجره (محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ ص ١٠١ – استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٤) .

ويسقط الحق فى الحبس إذا قدم رب العمل تأميناً كافياً للوفاء بالأجرة ، ويحتج المقاول بحقه فى الحبس فى مواجهة ورثة رب العمل وخلفه الخاص ودائنيه العاديين والممتازين (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٣ – محمد لبيب شنب فقرة ٨٣ وفقرة ١٤٧) .

(٣) انظر الوسيط ٢ فقرة ٦٦٨ ما بعدها .

(٤) جيوار ٢ فقرة ٧٧٧ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٢٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٣ ص ١٧٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٨٨ .

الشيء ذاته فقد سقط حقه فى الحبس لهذا الأجر بعد أن سلم المصنوع لرب العمل[1] .

١١٦ — حقوق الامتياز — إحالة : لم يعط القانون للقاول بوجه عام حق امتياز على العمل ضماناً لحقه فى الأجر ، ولكنه أعطى هذا الحق للمقاول فى مواضع متفرقة يمكن حصرها فيما يأتى :

أولا — نصت المادة ١١٤٨ مدنى على ما يأتى : « ١ — المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أومنشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أوفى صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه . ٢ — ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

ثانيا — نصت المادة ١١٤٠ مدنى على ما يأتى : « ١ — المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ — وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا النقول المثقل بحق الامتياز بعدالمصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيقدم بعضهاعلى بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها » .

ثالثا — إذا قدم المقاول المادة من عنده اعتبر بائعا لها[2] ، ويترتب على ذلك أن يكون له حق امتياز بائع المنقول على هذه المادة (م ١١٤٥ مدنى) .

وليس هنا مجال بحث حقوق الامتياز هذه ، فمكان بحثها يكون عندالكلام فى التأمينات العينية .

الفرع الثالث

المقاولة من الباطن

١١٧ — التنازل عن المقاولة : لم يعرض التقنين المدنى للتنازل عن المقاولة كما عرض للمقاولة من الباطن ، وذلك لأن التنازل عن المقاولة أقل

---

(١) جيوار فى حق الحبس فقرة ٢٦ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٢٢ ص ١١٤٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦ .

وقوعاً فى العمل من المقاولة من الباطن ، وإذا وقعت فيكفى فى تنظيمها القواعد العامة .

والتنازل عن المقاولة تتخذ إحدى صورتين[1] .

(الصورة الأولى) وهى الأكثر وقوعاً تتحقق بأن يتنازل المقاول عن الأجرة لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق ، وتجرى فى شأنها أحكام حوالة الحق . فتصح باتفاق بين المقاول وهو المحيل والشخص الثالث وهو المحال له ، ويكفى لسريانها فى حق رب العمل إعلانه بالحوالة (م ٣٠٥ مدنى) . ويلجأ المقاول عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لما يمول به عملية المقاولة ، فينزل عن حقه فى الأجرة وقد يكون ذلك على سبيل الرهن ، للحصول على المال اللازم من أحد المصارف أومن أحد الممولين . وفى هذه الحالة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة فى مكان المقاول[2] ، ويجوز لرب العمل أن يتمسك قبله بجميع الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل المقاول وقت نفاذ الحوالة فى حقه كما يجوز أن يتمسك بالدفوع المستمدة من الحوالة ، وذلك طبقاً للقواعد العامة المقررة فى حوالة الحق (م ٣١٢ مدنى) .

(والصورة الثانية) تتحقق بأن يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، فيحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل فى عقد المقاولة ، ويصبح هو المقاول تجاه رب العمل[3] . ويجب فى هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلى ، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماته . فيتم التنازل عن المقاولة إذن

---

(١) وهناك صورة ثالثة نادرة فى العمل ، وهى تتحقق بأن رب العمل نفسه هو الذى يتنازل عن عقد المقاولة ، كأن يبيع مثلا الأرض التى قاول على إقامة بناء فيها ويتنازل فى الوقت ذاته لمشترى الأرض عن عقد المقاولة وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات (انظر فى هذه الصورة بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٧٣ – فقرة ٤٠٧٤) .

(٢) ولا يجوز لموردى المقاول الرجوع على المتنازل له عن الأجرة بأثمان ماوردوه للمقاول (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤٣) .

(٣) وقد يكون هذا التنازل بمقابل يدفعه المتنازل له للمتنازل ، أو بالعكس يدفعه المتنازل للمتنازل له إذا كان الأول يتوقع الخسارة لو أنه قام بتنفيذ المقاولة بنفسه فيتنازل عن المقاولة لآخر ويدفع له مبلغاً يحدد به خسارته (انظر فى هذا المعنى بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٦٩) . وإذا لم يشترط دفع مقابل ، كان التنازل دون مقابل (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٦٩) .

باتفاق بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له ، ويجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً فى حقه ، لأن الإعلان وحده لايكفى إلا فى نقل حقوق المقاول قبله ، أما فى نقل التزامات المقاول نحوه فيجب إقرار رب العمل وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين (م ٣١٦ مدنى) .

وإذا تم التنازل عن المقاولة على هذا الوجه ، أصبح المقاول المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل ، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول . ويختفى المقاول المتنازل ، ولايعود له شأن فى المقاولة التى انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المقاول المتنازل له . بل إن المقاول المتنازل لا يكون مسئولا عن المقاول المتنازل له ولاضامناً له ، كما يضمن المستأجر الأصلى المتنازل له عن الإيجار بموجب نص صريح (م ٥٩٥ مدنى) ، لأن هذا النص إذا كان موجوداً فى عقد الإيجار فإنه لايوجد فى عقد المقاولة .

١١٨ — المقاولة من الباطن — الشرط المانع — نص قانونى : تنص المادة ٦٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن ، إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية » .

« ٢ — ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى كانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد ولم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٦٩٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٨٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت « أو » التخييرية بواو العطف فى الفقرة الأولى قبل عبارة « لم تكن طبيعة العمل » لأن ذلك يكشف عن حقيقة المقصود من حكم النص وذلك لأن أحد الشرطين يكفى و« الواو» تفيد ضرورة اجتماع الشرطين . وأصبح رقم المادة ٦٦١ . وأقرها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩ — ص ٥١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم م ٤١٣/٥٠٥ : يجوز للمقاول أن يقاول غيره على عمله كله أو بعضه إذا لم يوجد فى عقد المقاولة ما يمنع من ذلك ، ولكنه يبقى مسئولا عن عمل =

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن للمقاول أن يقاول من الباطن فى كل العمل أو فى جزء منه [١]، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك . والشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً . فلا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة فى عقد المقاولة ، بل يجوز استخلاصه ضمناً من الظروف نفسها . فإذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية كما يقول النص ، كأن كان العمل محل المقاولة عملا فنياً لجأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظراً لكفايته الفنية ، فإنه يكون هناك شرط مانع ضمنى من أن يكل المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول من الباطن ، بل يتحتم أن يقوم به هو شخصياً : فإذا قاول شخص رساماً أو طبيباً أومهندساً ، فإنه يغلب أن يستخلص من الظروف أن رب العمل قد اعتمد على كفاية المقاول الشخصية ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يقاول من الباطن كأن يعهد بالعمل أوببعضه إلى رسام آخر أو طبيب آخر أومهندس آخر يقوم به مكانه ، حتى لو لم يكن منصوصاً صراحة فى عقد المقاولة على المنع من المقاولة من الباطن [٢] . وإذا قام شك فى أن هناك شرطاً

= المقاول الثانى . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٢ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٣٥ : من يؤجر عمله أو خدمته لا يجوز له أن يعهد فى الإجراء إلى شخص آخر إذا كان يستنتج من نوع العمل أومن مشيئة المتعاقدين أن من مصلحة المستأجر أن يقوم المؤجر نفسه بالعمل .

م ١/٦٣٨ يكون المؤجر مسئولا عن عمل الشخص الذى يقيمه مقامه أو يستعمله أو يستعين به كما يسأل عن عمل نفسه .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) والمقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلى ، ويختلف فى ذلك عن العامل الذى يعمل بتوجيه المقاول الأصلى وتحت إشرافه (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦) .

(٢) أما فيما يتعلق بالمحامى فقد نصت المادة ٨٦ مرافعات على أنه « يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة فى التوكيل » .

مانعاً ضمنياً ، فسر الشك فى معنى المنع فيحرم على المقاول المقاولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل فى ذلك[١] .

والشرط المانع ، سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، لا يمنع المقاول من أن يستعين بأشخاص آخرين فنيين أو غير فنيين فى إنجاز العمل ، مادام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند المقاول بعقد عمل لا بعقد مقاولة[٢] .

ويجوز ، إذا وجد الشرط المانع الصريح أو الضمنى ، أن يتنازل عنه رب العمل ، فيتحلل منه المقاول ويكون له الحق فى المقاولة من الباطن[٣] . وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع الصريح أو الضمنى صريحاً ، كذلك قد يكون ضمنياً كأن يتعامل رب العمل مع المقاول من الباطن ويعطيه من الأجر بمقدار ماهو مدين به للمقاول الأصلى . وإذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع ، لم يجز له الرجوع بعد ذلك فى تنازله ، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه .

وإذا وجد الشرط المانع ، صريحاً كان ضمنياً ، وجب على المقاول مراعاته ،

---

(١) وهذا الرأى هو الذى تأخذ به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « على أنه عند قيام الشك يحرم المقاول من حق المقاولة من الباطن ، إلا إذا أذن له رب العمل بذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠) .

وفى فرنسا لا يوجد نص صريح يبيح المقاولة من الباطن إذا لم يوجد شرط مانع ، ولكن الرأى السائد هو الإباحة (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٥٩ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ – ص ٤٠٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩ ص ١٦٨ – وكانت هذه هى تقاليد القانون الفرنسى القديم : پوتييه فى الإيجار فقرة ٤٢٠ – فقرة ٤٢١) . ولكن بعض الفقهاء فى فرنسا لا يبيحون المقاولة من الباطن ولا التنازل عن المقاولة (هيك ١٠ فقرة ٤١٧) ، والبعض لا يبيحه إلا إذا كان العمل يمكن تنفيذه بواسطة مقاول آخر ويعنى هذا الإباحة إلا إذا كانت طبيعة العمل تمنع ذلك (جيوار ٢ فقرة ٨١٨ : ولكنه يرى أن إقامة بناء على أساس تصميم معين عمل لا يمكن تنفيذه بواسطة مقاول آخر) .

(٢) بيزوس ص ١٥ – محمد لبيب شنب فقرة ٦٨٠ ص ٨٨ .

(٣) وكما يكون لرب العمل حق التنازل عن الشرط المانع ، كذلك يكون له وحده دون غيره حق التمسك بهذا الشرط (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٢م ٢٥ ص ٤٥) . فلا يجوز للمقاول أن يتمسك به ضد المقاول من الباطن (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢) .

وإلا كان معرضاً للجزاء الذى تقضى به القواعد العامة . فيجوز لرب العمل أن يطلب من المقاول تنفيذ التزامه عيناً ، بأن يجبر المقاول على أن يقوم هو بتنفيذ العمل شخصياً دون المقاول من الباطن ، كما يجوز لرب العمل طلب فسخ المقاولة الأصلية بناء على أن المقاول لم يقم بالتزاماته ، وليست المحكمة ملزمة حتما بإجابة رب العمل إلى ما يطلبه من فسخ الإيجار ، بل لها أن ترفض هذا الطلب وأن تكتفى بإلزام المقاول أن يقوم هوشخصياً بتنفيذ العمل الموكول إليه . ولرب العمل ، سواء طلب التنفيذ العينى أوطلب الفسخ ، أن يطلب تعويضاً من المقاول إذا كان قد أصابه ضرر ، والمسئول عن التعويض فى الحالتين هو المقاول الأصلى لا المقاول من الباطن . وللمقاول من الباطن ، إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالتنفيذ العينى أو بالفسخ ، أن يرجع بدوره على المقاول الأصلى يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن[1] .

---

(١) وفى فرنسا يقع أن يتعاقد المقاول مع مقاول من الباطن لا تكون مهمته أن يقدم شيئاً من المواد اللازمة للعمل ، بل تنحصر هذه المهمة فى أن يقوم بالعمل مع عمال هو الذى يحضرهم بنفسه . ولا تكون هناك علاقة مباشرة بين المقاول الأصلى وهؤلاء العمال ، فهم لا يعرفون إلا المقاول من الباطن يتقاضون منه أجورهم ويتلقون منه التعليمات اللازمة للقيام بالعمل . ويتقاضى المقاول من الباطن من المقاول الأصلى أجراً معيناً ، يدفع منه أجور العمال ، وما بقى فهو ربح له . وهذا العقد يسمى فى القانون الفرنسى **marchandage** ، ويسمى المقاول من الباطن **marchandeur** أو **tâcheron** . وأكثر ما يخشى من هذا العقد أن يستغل المقاول من الباطن العمال فيبخسهم أجورهم ، حتى يحتفظ لنفسه بأكبر ربح ممكن . ومن أجل ذلك صدر دكريتو ٢ مارس سنة ١٨٤٨ (وأعقبه قرار ٢١ مارس سنة ١٨٤٨) يحرم استغلال المقاولين من الباطن للعمال ، ويجعل هذا الاستغلال جريمة معاقباً عليها . وقد أدمج هذا الدكريتو فى المادتين ٣٠ (ب) و١٠٣ من الكتاب الأول من تقنين العمل . وقد فسرت محاكم الاستئناف فى فرنسا هذه النصوص على أنها تحرم أصلا كل مقاولة من الباطن يكون الغرض الوحيد منها توريد عمال يشتغلون بتوجيه المقاول من الباطن ويأخذون أجورهم منه (أورليان ١١ يوليه سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩ - ٢ - ٣٩٣ - **Bourges** ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ٣٠٠) . ولكن محكمة النقض فى فرنسا قضت بأن عقد المقاولة من الباطن فى هذه الحالة ليس محرماً فى ذاته ، بل المحرم هو استغلال المقاول من الباطن للعمال ، فإذا ثبت أن عقد مقاولة من الباطن مكن للمقاول من الباطن أن يستغل العمال فهذا العقد يكون باطلا ويستوجب العقوبة الجنائية (نقض فرنسى جنائى ٤ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ - ١ - ٣٦٩ - ٨ فبرايرسنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٠٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ - ١ - ١٦٩ (الدوائر المجتمعة) - ٢٢ يونيه سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٢١٦) . ثم صدر مرسوم بقانون فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ يحرم هذا النوع =

١١٩ — قيام علاقات متنوعة فى حالة المقاولة من الباطن : فإذا لم يكن هناك شرط مانع صريح أو ضمنى ، أو كان هناك شرط مانع وتنازل عنه رب العمل ، وعقد المقاول مقاولة من الباطن فى كل العمل أو فى جزء منه ، فإن المقاولة من الباطن تكون صحيحة وتنفذ حتى فى حق رب العمل . ويلجأ المقاول إلى المقاولة من الباطن عادة فى المقاولات الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتتشعب ، فيعهد المقاول الأصلى لمقاولين من الباطن ، إذا كان العمل بناء مثلا ، بالأعمال الصحية وبالنجارة وبالبلاط وبالبياض وبغير ذلك من الأعمال المختلفة التى تشتمل عليها المقاولة ، ويقوم المقاول الأصلى بالتنسيق بين أعمال المقاولين من الباطن[١] .

ويترتب على المقاولة من الباطن قيام علاقات متنوعة يمكن حصرها فيما يلى : (١) علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن . (٢) علاقة المقاول الأصلى برب العمل . (٣) علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن . ونستعرض هذه العلاقات الثلاث :

§ ١ — علاقة المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن

١٢٠ — علاقة رب عمل بمقاول : تكون العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن علاقة رب عمل بمقاول ، ينظمها عقد المقاولة من الباطن . فيكون المقاول الأصلى بالنسبة إلى المقاول من الباطن رب عمل ، عليه جميع التزامات رب العمل . ويكون المقاول من الباطن بالنسبة إلى المقاول الأصلى مقاولا ، عليه جميع التزامات المقاول .

ومن ثم يوجد عقدا مقاولة : عقد المقاولة الأصلى يحكم العلاقة بين رب

= من الاستغلال . انظر فى هذه المسألة بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٦١ — فقرة ٤٠٦٣ — بلانيول وزيپير ورواست ١١ فقرة ٩١٩ — فقرة ٩٢٠ — بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٥ — چوسران ٢ فقرة ١٢٨٨ ص ٦٧٦ .

أما مقدمو الأنفار فى مصر فهم لا يعملون بأنفسهم ، بل يقتصرون على توريد العمال ومنهم عمال التراحيل .

(١) بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩١٨ .

العمل والمقاول الأصلي ، وعقد المقاولة من الباطن يحكم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن . وليس من الضروري أن يكون العقدان متطابقين أو متقاربين ، بل يغلب أن يكونا مختلفين من وجوه كثيرة ، كمقدار الأجرة وشروط العقد . فقد تكون الأجرة في المقاولة من الباطن أقل أو أعلى من الأجرة في المقاولة الأصلية . وقد لايوجد الشرط المانع في المقاولة الأصلية ، ويوجد هذا الشرط في المقاولة من الباطن . وقد يضع المقاول الأصلي شرطاً جزائياً في المقاولة من الباطن ، ولايوضع هذا الشرط في المقاولة الأصلية .

١٢١ — التزامات المقاول الأصلي نحو المقاول من الباطن : ويلتزم المقاول الأصلي كما قدمنا نحو المقاول من الباطن بجميع التزامات رب العمل . وقد رأينا أن هذه الالتزامات هي تمكين المقاول من إنجاز العمل ، وتسلم العمل بعد إنجازه ، ودفع الأجر .

فيلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل . فإذا كان المقاول من الباطن في حاجة إلى مهمات وأدوات ومواد تعهد المقاول الأصلي بتقديمها له ، وجب على هذا الأخير أن ينفذ تعهده ، وأن يسلم المقاول من الباطن هذه المهمات والأدوات والمواد في وقت مناسب . وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضي أن تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج ، وجب على المقاول الأصلي أن يقدم له ذلك لتمكينه من العمل . وعلى المقاول الأصلي أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن ، أوما بين المقاولين من الباطن المتعددين ، بحيث لايحول أحد دون تمكن الآخرين من تنفيذ أعمالهم . فإذا لم يقم المقاول الأصلي بالتزامه من تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل على هذا النحو ، كان للمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ عيناً ولو عن طريق التهديد المالي فيما يقتضي تدخل المقاول الأصلي كما إذا كان هذا ملزماً بتقديم مواصفات ورسوم ونماذج ، وكان له كذلك أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض . وقد سبق بيان التزام رب العمل بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٨ — فقرة ٧٩ .

ويلتزم المقاول الأصلى أيضاً بتسلم العمل من المقاول من الباطن بعد إنجازه . فمتى أتم المقاول من الباطن العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلى ، وجب على هذا أن يبادر إلى معاينته فى أقرب وقت مستطاع تبعاً للمألوف فى التعامل ، وأن يتسلمه فى مدة وجيزة . فإذا امتنع دون سبب مشروع بعد إعذاره عن تسلم العمل ، اعتبر أنه قد تسلمه . وله أن يمتنع عن تسلمه إذا كان المقاول من الباطن قد خالف ماورد فى عقد المقاولة من الباطن من الشروط أوما تقضى به أصول الفن لهذا النوع من العمل . ويكون تسلم المقاول الأصلى للعمل فى الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة ، وفى جميع الأحوال يجب على المقاول الأصلى أن يقوم بتنفيذ التزامه من تسلم العمل وتقبله بمجرد أن يتم المقاول من الباطن العمل ويضعه تحت تصرفه أى يسلمه إياه . ويكون التسلم فى مكان التسليم ، ويتم باستيلاء المقاول الأصلى على العمل وفقاً لطبيعته . وإذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة أوكان الأجر محدداً بسعر الوحدة ، جاز لكل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن أن يطلب إجراء المعاينة والتسلم عقب إنجاز كل جزء أو وحدة من العمل . والمفروض أن المقاول الأصلى ، إذا دفع أجر جزء أو أكثر من العمل ، يكون قد عاين هذا الجزء أوالأجزاء وتقبلها ، وذلك ما لم يثبت أن ما دفعه ليس إلا مبلغاً قدمه للمقاول من الباطن تحت الحساب . وإذا لم يقم المقاول الأصلى بالتزامه من تسلم العمل وتقبله فى الميعاد القانونى ، كان للمقاول من الباطن أن يجبره على تنفيذ التزامه عينا ، ويمكن فوق ذلك وطبقاً للقواعد العامة أن يلجأ المقاول من الباطن إلى إجراءات العرض الحقيقى . وقد بسطنا التزام رب العمل بتسلمه وتقبله تفصيلا فيما تقدم ، فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك(١) .

ويلتزم المقاول الأصلى أخيراً بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن . فيدفع له الأجر المتفق عليه بينهما ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر وجب الرجوع فى تحديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذى قام به المقاول من الباطن والنفقات التى صرفها فى إنجازه (م ٦٥٩ مدنى) . وإذا اتفق على أجر بمقتضى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٠ – فقرة ٨٦ .

مقايسة على أساس الوحدة ، وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول من الباطن أن يخطر فى الحال المقاول الأصلى بذلك ، مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الأجر ، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات . وإن هو أخطر المقاول الأصلى ، كان له أن يرجع بزيادة فى الأجر تقابل المجاوزة المحسوسة لتقديرات المقايسة . فإذا كانت هذه المجاوزة جسيمة ، جاز للمقاول الأصلى أن يقف تنفيذ العمل وأن يتحلل من العقد ، على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول من الباطن قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٥٧ مدنى) . أما إذا اتفق على أجر إجمالى جزافى على أساس تصميم معين ، فليس للمقاول من الباطن أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حصل فى هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من المقاول الأصلى أو أن يكون مأذوناً به منه . فإذا أذن المقاول الأصلى فى تعديل التصميم أو فى الإضافة إليه ، وجب عليه أن يدفع زيادة فى الأجر تقابل ما وقع فى التصميم من تعديل أو إضافة ، وذلك دون حاجة إلى أن يكون هناك اتفاق بالكتابة بينه وبين المقاول من الباطن لا على التعديل فى ذاته ولا على مقدار الزيادة فى الأجر . وإنما وجب الاتفاق الكتابى طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ مدنى فى العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى ، لا فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، وقد سبق بيان ذلك[1] . وليس للمقاول من الباطن ، إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية أو أجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف ، أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر الإجمالى الجزافى المتفق عليه ، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ المقاولة من الباطن عسيرا . على أنه إذا انهار التوازن بين التزامات كل من المقاول الأصلى والمقاول من الباطن بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد (م٦٥٨/٣ و ٤ مدنى) . والمدين بالأجر هو المقاول الأصلى وورثته من بعده ، دون رب

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

العمل بالرغم من أنه هو الذى انتفع بالعمل ، ومع ذلك سنرى أن للمقاول من الباطن الرجوع مباشرة على رب العمل بمقدار ماهو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلى . والدائن بالأجر هو المقاول من الباطن ، وورثته من بعده . ويستحق دفع الأجر للمقاول من الباطن عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ويكون الدفع فى المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق ففى المكان الذى يقضى به العرف ، فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ففى موطن المقاول الأصلى وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله . وإذا أخل المقاول الأصلى بالتزامه من دفع الأجر ، فللمقاول من الباطن أن يطلب التنفيذ العينى ، وله أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن ، وفى الحالتين له أن يطلب التعويض إذا كان له محل . وله أن يحبس العمل حتى يستوفى الأجر ، كما أن له حقوق امتياز فى المواضع التى نص القانون على أن يكون فيها للمقاول حق امتياز . وقد بينا كل ذلك تفصيلا عند الكلام فى التزام رب العمل بدفع الأجر للمقاول ، فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك[1] .

١٢٢ — التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلى : ويلتزم المقاول من الباطن بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل . وقد قدمنا أن هذه الالتزامات هى إنجاز العمل ، وتسليمه بعد إنجازه ، وضمانه بعد التسليم .

فيلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود به إليه من المقاول الأصلى ، سواء كان هو كل العمل محل المقاولة الأصلية أوكان جزءاً من هذا العمل . ويجب أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها فى عقد المقاولة من الباطن ، وبالشروط الواردة فى هذا العقد . فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٧ — فقرة ١١٦ — ويجوز كذلك للمقاول الأصلى أن يتحلل من عقد المقاولة من الباطن ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول من الباطن عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى وسيأتى بيانها (انظر عكس ذلك بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٦٧ : ولكنهما يسلمان أنه يجوز أن يشترط المقاول الأصلى على المقاول من الباطن ثبوت هذا الحق له ، بل يجوز أن يشترط المقاول الأصلى على المقاول من الباطن جواز التحلل من عقد المقاولة من الباطن دون أن يدفع أى تعويض ، ويشيران إلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٥ — ١ — ٨١ — وانظر فى المعنى الذى نقول به محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠) .

اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة تبعاً للعمل الذى يقوم به المقاول من الباطن . وإذا احتاج المقاول من الباطن فى إنجازه للعمل إلى أدوات ومهمات لم يتعهد المقاول الأصلى بتقديمها له ، فعليه هو أن يأتى بها على نفقته ، سواء كان للعمل مادة تستخدم فيه أولم يكن ، وسواء كان من ورد المادة هوالمقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أو رب العمل . وقد يحتاج المقاول من الباطن إلى أيد عاملة ومساعدين يعاونونه على إنجاز العمل . فى هذه الحالة تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول من الباطن ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك . وإذا كان المقاول من الباطن هو الذى تعهد بتقديم المادة التى يستخدمها ، كالأخشاب للأبواب والشبابيك وكالأدوات الصحية ، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها للمقاول الأصلى . وفى اختيار المادة التى يقدمها يجب عليه أن يلتزم الشروط والمواصفات المتفق عليها ، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات وجب عليه أن يتوخى فى الاختيار أن تكون المادة وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين فى عقد المقاولة من الباطن أومما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له . وإذا لم يتفق مع المقاول الأصلى على درجة المادة من حيث جودتها ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أومن أى ظرف آخر ، التزم بأن يقدم مادة من صنف متوسط . وهو ضامن للعيوب الخفية التى توجد فى المادة التى يقدمها ، ويضمن هذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها ، ولكن لايضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . وإذا كان المقاول الأصلى أو رب العمل هو الذى قدم المادة ، فعلى المقاول من الباطن أن يحرص عليها ويراعى أصول الفن فى استخدامه لها ، وأن يؤدى حساباً عما استعملها فيه ويرد مابقى منها . فإذا صار شىء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية ، التزم برد قيمة هذا الشىء . ويلتزم كذلك بأن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فالواجب أن ينجزه فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وتبعا لعرف الحرفة . وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل على الوجه المتقدم ، جاز للمقاول الأصلى أن يطلب التنفيذ العينى ، كما يستطيع طلب فسخ المقاولة من الباطن ، وله أن يطلب التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتض . وإذا ثبت فى أثناء

سير العمل أن المقاول من الباطن يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز للمقاول الأصلى أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ فى خلال أجل معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول من الباطن إلى الطريقة الصحيحة ، جاز للمقاول الأصلى أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول من الباطن . على أنه يجوز طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن فى الحال دون حاجة إلى تعيين أجل ، إذا كان إصلاح مافى طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا (م ٦٥٠ مدنى) . وإذا تأخر المقاول من الباطن فى أن يبدأ العمل أو فى أن ينجزه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغى فى المدة المتفق عليها ، جاز للمقاول الأصلى طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن دون انتظار لحلول أجل التسليم . وقد بسطنا كل ذلك تفصيلا عند الكلام فى التزام المقاول بإنجاز العمل ، فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك[١] .

ويلتزم المقاول من الباطن أيضاً بتسليم العمل بعد إنجازه . ويكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف المقاول الأصلى ، بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه دون عائق . ويكون ذلك فى الميعاد المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق ففى الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقاً لطبيعته ولعرف الحرفة . ويسلم العمل فى المكان المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق ففى المكان الذى يعينه عرف الحرفة ، وإن لم يكن هناك عرف ففى مكان وجود العقار أو المنقول ، وإلا ففى موطن المقاول من الباطن أو المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله . وجزاء الإخلال بالتزام التسليم هو طلب التنفيذ العينى إذا كان ممكناً فيجبر المقاول من الباطن على التسليم ، وإلا جاز للمقاول الأصلى طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن مع التعويض فى الحالتين إذا كان له مقتض . وإذا هلك الشىء وهو فى يد المقاول من الباطن قبل تسليمه للمقاول الأصلى بسبب حادث مفاجئ ، تحمل المقاول من الباطن تبعة الهلاك ، فليس له أن يطالب بالأجر ولا برد النفقات . ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها ، سواء كان هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أو رب العمل . وقد بسطنا كل ذلك تفصيلا عند

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦ – فقرة ٤٦ .

الكلام فى التزام المقاول بالتسليم ، فنحيل هنا إلى ماقدمناه هناك[١] .

ويلتزم المقاول من الباطن أخيراً بضمان العمل . وقد تقدم أنه إذا كان المقاول من الباطن قدم المادة من عنده فإنه يكون مسئولا عن جودتها ، وعليه ضمان العيوب الخفية فيها . وإذا كان الذى قدم المادة هو المقاول الأصلى أو رب العمل ، فإن المقاول من الباطن لايكون ضامناً لعيوبها الخفية لأنه ليس هو الذى قدمها ، ولكن إذا كشف فى أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفنى عيوباً فى المادة ، وجب عليه أن يخطر المقاول الأصلى فوراً بذلك ، وإلا كان مسئولا عن كل مايترتب على إهماله من نتائج . وسواء كان الذى قدم المادة هو المقاول من الباطن أو المقاول الأصلى أورب العمل ، فإن المقاول من الباطن يكون فى جميع الأحوال ضامناً لأى عيب فى الصنعة (malfaçon) تقضى أصول الحرفة بأن يكون مسئولا عنه . فإذا كان العيب فى الصنعة واضحاً ، بحيث يمكن للمقاول الأصلى أن يكشفه ، وتسلم هذا العمل وتقبله دون أن يعترض ، فالمفروض أنه قبل العمل معيباً ونزل عن حقه فى الرجوع على المقاول من الباطن ، ويبقى مسئولا عن العيب نحو رب العمل ، ومن ثم ينقضى ضمان المقاول من الباطن للعيب الواضح بمجرد تسلم المقاول الأصلى العمل وتقبله إياه . وهذا لا يمنع من أن يتحفظ المقاول الأصلى عند تسلم العمل ، ويقرر أن التسلم لا يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول من الباطن إذا وجد فى العمل عيباً ، وفى هذه الحالة يكون له الرجوع بضمان العيب فى المدة التى يتفق عليها مع المقاول من الباطن ، وإذا لم يكن هناك اتفاق ففى مدة قصيرة حسب ما يقضى به عرف المهنة . وإذا كان العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل ، بقى المقاول من الباطن ضامناً للعيب المدة القصيرة التى يقضى بها عرف الحرفة . وقد بسطنا هذه الأحكام تفصيلا عند الكلام فى ضمان المقاول بوجه عام لعيوب الصنعة ، فما قدمناه هناك ينطبق هنا[٢] .

بقى ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء ، وقد قدمنا أنه فى العلاقة التى نحن بصددها بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن لاتسرى المادة ٦٥١

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧ – فقرة ٥٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧ – فقرة ٥٩ .

مدنى ، وهى التى تجعل المقاول ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم فى المبانى أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع مايوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . بل يكون المقاول من الباطن ضامناً لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى فى حدود القواعد العامة ، ومن ثم ينتهى التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلى العمل مع تمكنه من فحصه وكشف مابه من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك ، لا يكون المقاول من الباطن مسئولا إلا بالقدر وإلى المدة التى يقضى بها عرف الحرفة ، لا إلى مدة عشر سنوات كما هى الحال فى العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلى . وقد قدمنا أن السبب فى ذلك هو أن المقاول الأصلى من أهل الخبرة والفن ، فلا يوجد مقتض لحمايته حماية مشددة بإيجاب ضمان على المقاول من الباطن مدة عشر سنوات ، ويكفى فى حماية المقاول الأصلى الرجوع إلى القواعد العامة ففيها حماية كافية له[1] .

§ ٢ – علاقة المقاول الأصلى برب العمل

١٢٣ — عقد المقاولة الأصلى هو الذى ينظم هذه العلاقة : أما فى تنظيم العلاقة ما بين المقاول الأصلى ورب العمل ، فقد قدمنا أن عقد المقاولة الأصلى يبقى قائماً ، وهو الذى ينظم العلاقة فيما بينهما . ولاشأن لرب العمل بعقد المقاولة من الباطن ، فهذا العقد لايكسبه حقاً ولا يرتب فى ذمته التزاماً لأنه يعتبر بالنسبة إليه من الغير ، وذلك فيما عدا مانص عليه القانون من رجوع المقاول من الباطن على رب العمل بالأجرة فى حدود معينة سنبحثها تفصيلا فيما يلى .

فعقد المقاولة الأصلى إذن ، دون عقد المقاولة من الباطن ، هو الذى يحدد التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى ، ويحدد التزامات المقاول الأصلى نحو رب العمل .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٣ – ويبقى المقاول الأصلى مسئولا نحو رب العمل عن ضمان مايظهر فى صنعة المقاول من الباطن من عيوب خفية مدة عشر سنوات . وإذا رجع رب العمل على المقاول الأصلى بالضمان ، فإن المقاول الأصلى الذى تسلم العمل من المقاول من الباطن ، لا يستطيع الرجوع عليه بالضمان إذا انقضت المدة القصيرة التى يقضى بها العرف فانتهت بانقضائها مسئولية المقاول من الباطن عن الضمان . (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٥٤ – وانظر آنفاً فقرة ٦٣ فى آخرها فى الهامش . وانظر ما يلى فقرة ١٢٥) .

١٢٤ — التزامات رب العمل نحو المقاول الأصلى : ومن ثم يبقى رب العمل ملتزماً نحو المقاول الأصلى ، دون المقاول من الباطن ، والتزاماته تنشأ من عقد المقاولة الأصلى . فيلتزم نحو المقاول الأصلى بتمكينه من إنجاز العمل ، على النحو المفصل الذى أسلفناه . ويلتزم كذلك بتسلم العمل وتقبله من المقاول الأصلى لا من المقاول من الباطن ، وقد قدمنا ما يشتمل عليه هذا الالتزام من المسائل التفصيلية . ويلتزم أخيراً بدفع الأجر للمقاول الأصلى لا للمقاول من الباطن ، والأجر الذى يدفعه هو الأجر الذى ينشأ الالتزام به من عقد المقاولة الأصلى لا من عقد المقاولة من الباطن . وإنما يلتزم رب العمل استثناء بدفع ما فى ذمته من الأجر للمقاول الأصلى مباشرة إلى المقاول من الباطن ، بموجب نص خاص فى هذا الشأن سيأتى بحثه .

١٢٥ — التزامات المقاول الأصلى نحو رب العمل : ويبقى المقاول الأصلى ملتزماً نحو رب العمل ، والتزاماته تنشأ هى أيضاً من عقد المقاولة الأصلى لا من عقد المقاولة من الباطن . فيلتزم نحو رب العمل بإنجاز العمل محل عقد المقاولة الأصلى ، على التفصيل الذى قدمناه فى خصوص هذا الالتزام . ويلتزم كذلك بتسليم العمل بعد إنجازه لرب العمل ، ويدخل فى ذلك العمل الذى أنجزه المقاول من الباطن ، فإن هذا العمل يتسلمه المقاول الأصلى من المقاول من الباطن ثم يسلمه لرب العمل . ويلتزم أخيراً بضمان العمل ، لا ضماناً بموجب القواعد العامة فحسب ، بل أيضاً يضمن التهدم والعيوب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى خلال عشر سنوات على التفصيل الذى قدمناه . وقد رأينا أن المقاول من الباطن لا يضمن التهدم والعيوب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى إلا فى حدود القواعد العامة . ويترتب على ذلك أنه إذا تسلم المقاول الأصلى من المقاول من الباطن مبنى أقامه ، وسلمه لرب العمل ، فإن ضمان المقاول من الباطن لعيوب هذا المبنى نحو المقاول الأصلى لا يقوم إلا مدة قصيرة بحسب العرف من وقت تسلم المقاول الأصلى للمبنى ، أما ضمان المقاول الأصلى لهذه العيوب نحو رب العمل فيبقى قائماً خلال عشر سنوات من وقت تسلم رب العمل للمبنى .

١٣٦ — مسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن نحو رب العمل : وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦١ مدنى تنص على ما يأتى : « ولكنه (المقاول الأصلى) يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل »[1].

ومعنى ذلك أن التزامات المقاول من الباطن نحو المقاول الأصلى ، وقد سبق بيانها ، يبقى المقاول الأصلى مسئولا عنها نحو رب العمل[2] . ولا يكون المقاول من الباطن مسئولا مباشرة نحو رب العمل ، بل يبقى مسئولا نحو المقاول الأصلى ، ثم يكون المقاول الأصلى هو المسئول نحو رب العمل[3].

فإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من إنجاز العمل طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ولأصول الصنعة ، كان المقاول الأصلى مسئولا عن ذلك نحو رب العمل . فيرجع رب العمل على المقاول الأصلى ، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن .

وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزاماته من تسليم العمل بعد إنجازه ، كان المسئول عن ذلك نحو رب العمل هو المقاول الأصلى لا المقاول من الباطن ، فيرجع رب العمل على المقاول الأصلى ، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن .

وإذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه بضمان عيوب الصنعة وظهر فى عمله عيب ، كان مسئولا عن هذا العيب ، نحو المقاول الأصلى ، وكان المقاول الأصلى مسئولا عن نفس العيب نحو رب العمل . فيرجع هذا الأخير على

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤١٣ من القانون المدنى (القديم) ، ولو أنها تخول المقاول إعطاء المقاولة لآخر إذا لم يكن متفقاً على خلاف ذلك ، إلا أنها تعده مسئولا عن عمل هذا الآخر . وبناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذى تعاقد عليه المقاول الذى اتفقت معه لا يقطع مسئولية هذا المقاول ، خصوصاً إذا كان فى شروط التعاقد ما يحمله مسئولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) – وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ .

(٣) دافيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ٨١ – محمد لبيب شنب فقرة ٦٨ .

المقاول الأصلى ، ثم يرجع المقاول الأصلى على المقاول من الباطن . فإذا كان العيب فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى ، كان المقاول الأصلى دون المقاول من الباطن ضامناً لهذا العيب خلال عشر سنوات ، أما المقاول من الباطن فتبرأ ذمته من الضمان فى مدة قصيرة كما سبق القول .

ومسئولية المقاول الأصلى عن المقاول من الباطن ليست مسئولية المتبوع عن تابعه ، فإن المقاول من الباطن يعمل مستقلا عن المقاول الأصلى ولا يعتبر تابعاً له . وإنما هى مسئولية عقدية تنشأ من عقد الإيجار الأصلى ، وتقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التى تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا وأخطاء صدرت من المقاول الأصلى ، فيكون هذا مسئولا عنها قبله[1] .

§ ٣ — علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

١٢٧ العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة : وقد قدمنا أن العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلى يحكمها عقد المقاولة الأصلى ، ويحكم عقد المقاولة من الباطن العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن . ويترتب على ذلك أن الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل ، والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أى تعاقد ، فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الأصلى ، ويربط المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن .

وإنما تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة ، إذ يتوسطهما المقاول الأصلى . فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢ — ولما كانت مسئولية عقدية فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز أن يشترط المقاول على رب العمل جواز أن يقاول من الباطن وألا يكون مسئولا عن المقاول من الباطن . كذلك يجوز بعد أن يعقد المقاول الأصلى مقاولة من الباطن أن يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلى فى كل حقوقه والتزاماته ، فتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة . كذلك يجوز أن يتعهد المقاول من الباطن للمقاول الأصلى أن يقوم بالعمل لمصلحة رب العمل ، فيكون هذا اشتراطاً من المقاول الأصلى لمصلحة رب العمل ، ويستطيع رب العمل فى هذه الحالة أن يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، ويحتفظ فى الوقت ذاته بحق الرجوع على المقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة (انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٩) .

بالتزاماته ، بل الذى يطالب بها المقاول الأصلى . ولا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته ، وإنما يطالب بهذه الالتزامات المقاول الأصلى[1] .

١٢٨ — لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته :
والتزامات المقاول من الباطن الثلاثة إنما يطالب بها مباشرة المقاول الأصلى لا رب العمل .

فالالتزام بإنجاز العمل يطالب به المقاول الأصلى المقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن كما قدمنا . ولا يستطيع رب العمل أن يطالب مباشرة المقاول من الباطن بهذا الالتزام ، لا بموجب عقد المقاولة الأصلى لأن المقاول من الباطن ليس طرفاً فيه ، ولا بموجب عقد المقاولة من الباطن لأن رب العمل ليس طرفاً فيه . وإنما يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بهذا الالتزام بدعوى غير مباشرة يرفعها باسم مدينه المقاول الأصلى .

ولا يستطيع كذلك رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بتسليم العمل ، وإنما يستطيع ذلك بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه المقاول الأصلى قبل مدين مدينه المقاول من الباطن .

ولا يجوز أخيراً لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالضمان ، ولكن يستطيع بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلى فى الضمان قبل مدين مدينه المقاول من الباطن .

١٢٩ — لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته :
والمقاول من الباطن لا يستطيع كذلك أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته . والذى يطالب بها مباشرة هو المقاول الأصلى .

فالالتزام بتمكين المقاول من إنجاز العمل ، والالتزام بتسلم العمل وتقبله ، لا يستطيع المقاول من الباطن الرجوع بهما مباشرة على رب العمل ، وإنما يستطيع أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلى فى الرجوع على رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة .

---

(١) ومع ذلك فقد قدمنا أن رب العمل قد يقبل المقاول من الباطن صراحة أو ضمناً ، فيحل هذا محل المقاول الأصلى فى حقوقه وفى التزاماته . ومن ثم يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته ، كما يستطيع المقاول من الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته ، وتتحول المقاولة من الباطن إلى تنازل عن المقاولة (انظر آنفاً فقرة ١٢٦ فى الهامش) .

والالتزام بدفع الأجر لايستطيع فى الأصل المقاول من الباطن الرجوع به مباشرة على رب العمل ، ولكن يجوز أن يستعمل حق المقاول الأصلى فى أجره قبل رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القانون أورد هنا استثناء هاماً ننتقل الآن إليه .

١٣٠ — جواز مطالبة المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلى لرب العمل بالأجر مباشرة — نص قانونى : تنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى من وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل » .

« ٢ — ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » .

« ٣ — وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى القديم ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية كانت تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية طفيفة على النص ، وحذفت عبارة « دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى » من آخر الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١ — ص ٥٤) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم : م ٤١٤/٥٠٦ — لا يجوز للمقاولين من المقاول الأول مطالبة المالك إلا بالمبالغ المستحقة لذلك المقاول فى وقت الحجز الواقع من أحدهم أو بعده . م ٤١٥/٥٠٧ — ولهم حق الامتياز على تلك المبالغ كل منهم بقدر ما يخصه فيها ، ويجوز دفعها إليهم من طرف المالك بدون احتياج لأمر بذلك .

وقد رأينا أن المقاول من الباطن يستطيع أن يرجع على رب العمل فى خصوص الأجر المستحق له قبل المقاول الأصلى ، وذلك بطريق الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المقاول الأصلى ويطالب فيها بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى . ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسمح لدائنى المقاول الأصلى أن يزاحموا المقاول من الباطن ، فلا يستأثر وحده بما يستخلصه من رب العمل ، بل يقاسمه فيه سائر دائنى المقاول الأصلى مقاسمة الغرماء . ومن أجل هذا جاء النص سالف الذكر يحمى المقاول من الباطن من مزاحمة دائنى المقاول الأصلى ، ومد حمايته إلى عمال المقاول الأصلى وعمال المقاول من الباطن إذ أن هؤلاء العمال لا يقلون فى الحاجة إلى الرعاية عن المقاول من الباطن ، فأعطى هؤلاء جميعاً دعوى مباشرة[1] وحق امتياز يجنبانهم مزاحمة دائنى المقاول الأصلى .

= وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « يطابق هذا النص (م ٦٦٢ مدنى المادتين ٤١٤ – ٤١٥/٥٠٦ – ٥٠٧ من التقنين الحالى (القديم) ، مع تعديل يسير قضى به المشروع على النزاع الذى أثاره وجود كلمة الحجز فى النص الحالى (القديم) . والمشروع يؤيد أحكام محكمة الاستئناف المختلط : ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ص ٢٥٣ – حيث لم تقصر تطبيق المادة على حالة حجز ما للمدين لدى الغير ، بل طبقتها فى حالة الدعوى المباشرة التى يرفعها المقاول من الباطن على رب العمل . والفقرة الثالثة تقر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢١٦ – ١٨ مايو سنة ١٩١٥ ب ٢٧ ص ٣٣٥ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٢٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٧٨ : إن جميع الذين استخدموا فى إقامة المنشأ يحق لهم أن يداعوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذى يكون مديوناً به للمقاول وقت إقامة الدعوى . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) ولو اقتصر القانون على الدعوى غير المباشرة التى يزاحم فيها سائر دائنى المقاول الأصلى ، فإن هذه الدعوى تكون غالباً غير مجدية ، فالمقاول من الباطن والعمال لا يرجعون على رب العمل عادة إلا إذا كان المقاول الأصلى معسراً ، فزاحمة دائنيه للمقاول من الباطن والعمال تنقص كثيراً =

ونبحث فى صدد هذه المطالبة التى يقرر النص توجيهها إلى رب العمل المسألتين الآتيتين : (١) من يكون طرفاً فى المطالبة . (٢) ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز.

١٣١ — من يكون طرفا فى المطالبة : يقرر النص سالف الذكر أن الدائنين فى المطالبة هم المقاولون من الباطن وعمال المقاول وعمال المقاول من الباطن .

فالمقاول من الباطن يكون طرفاً فى المقاولة ، وهو دائن يطالب فى حدود الأجر المستحق له فى ذمة المقاول الأصلى وما يتبع الأجر من نفقات وثمن مهمات وأدوات وفوائد (١). والطرف الآخر فى هذه المطالبة ، أى الطرف المدين ، هو رب العمل ، ولايطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذى يكون رب العمل مديناً به للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن . فإذا فرضنا أن المقاول من الباطن

= من قيمة رجوع هؤلاء الأخيرين على رب العمل (لوران ٣٠ فقرة ٤٥ — جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ — هيك ١٠ فقرة ٤٣٣ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٢٧ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢٠ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٢ — كولان وكابيتان ودى‌لامورانديير ٢ فقرة ١١٠٩) .

والتقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٧٩٨ ليس صريحاً فى إعطاء الدعوى المباشرة لعمال المقاول ، ولكن الفقه الفرنسى يذهب كما رأينا إلى تفسير المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى بأنها تعطى لعمال المقاول دعوى مباشرة ، بل وتعطيها أيضاً لصغار المقاولين من الباطن الذين يعملون بأيديهم . وذهب القضاء الفرنسى أيضاً هذا المذهب (نقض فرنسى ١٨ يناير سنة ١٨٥٤ سيريه ٥٤ — ١ — ٤٤١ — ١٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٥٦٣ — دويه ١٣ أبريل سنة ١٨٣٣ سيريه ٣٣ — ٢ — ٥٣٦ — ليون ٢١ يناير سنة ١٨٤٦ سيريه ٤٦ — ٢ — ٢٦٢ — مونپلييه ٢٢ أغسطس سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٣ — ٢ — ٦٨٥) . انظر فى مناقشة إعطاء الدعوى المباشرة للعمال فى القانون الفرنسى بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٢٨ — فقرة ٤٠٣٠ (ويذهبان إلى أن المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى لا تعطى للعمال إلا الدعوى غير المباشرة يرفعونها باسم المقاول الأصلى طبقاً للقواعد العامة : انظر بوجه خاص فقرة ٤٠٣٧ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠١٢) . ولكن بعد صدور تقنين العمل انتفى كل شك فى وجود الدعوى المباشرة ، فقد قضت المادة ٤٧ من الجزء الأول من هذا التقنين صراحة بوجود هذه الدعوى لصالح البنائين والنجارين وغيرهم من العمال بالشروط المقررة فى المادة ١٧٩٨ مدنى فرنسى .

(١) ويدخل فى ذلك أيضاً استرداد التأمين من رب العمل (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١م ١٣ ص ٢١٦) .

دائن للمقاول الأصلى بأربعمائة ، وأن المقاول الأصلى دائن لرب العمل بخمسمائة ، فإن المقاول من الباطن يطالب بموجب الدعوى المباشرة رب العمل بأربعمائة . أما إذا كان المقاول الأصلى دائناً لرب العمل بثلثمائة ، فإن المقاول من الباطن لايطالب رب العمل إلا بثلثمائة .

والعامل الذى يعمل عند المقاول مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً فى المطالبة، سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه أوقاول على بعضه من الباطن . ففى جميع الأحوال يستطيع عامل المقاول أن يرجع ، فى حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر له فى ذمة المقاول بموجب عقد العمل[1]، على رب العمل بما هو مستحق فى ذمة هذا الأخير للمقاول بموجب عقد المقاولة وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل .

والعامل الذى يعمل عند المقاول من الباطن مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً فى المطالبة ، ويرجع فى حدود ما هو مستحق له فى ذمة المقاول من الباطن بموجب عقد العمل : (أولا) على المقاول الأصلى باعتباره رب عمل بالنسبة إلى المقاول من الباطن ، فهو مدين مدينه ؛ ويرجع بما هو مستحق فى ذمة المقاول الأصلى للمقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على المقاول الأصلى . (ثانيا) على رب العمل باعتباره رب العمل للمقاول الأصلى ، فهو مدين مدين مدينه . ويرجع بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل . وهذا مانصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر ، إذ تقول : « ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العمل » .

---

(١) أما إذا كان مصدر حق العامل فى ذمة المقاول سبباً آخر غير عقد العمل ، كالمسئولية التقصيرية ، فلا يرجع العامل فى هذه الحالة على رب العمل بالدعوى المباشرة ، ولكن يجوز له الرجوع بالدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٥) . وقد قضى بأنه إذا وقع حادث للعمال الذين عينهم المقاول من الباطن وقبلوا أن يعملوا تحت إشرافه ، فيكون هو المسئول وحده عن كل ما يصيبهم بسبب إهماله فى عمله (الإسكندرية الوطنية ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٤ رقم ٦٢ ص ١٢٩) .

أما إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضاً بدوره من الباطن ، فالمقاول من الباطن الثانى يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلى باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول ، ولكنه لايرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل إذ أن نصوص المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر لاتعطى الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذى قاول مقاوله وهو هنا المقاول الأصلى . وعمال المقاول من الباطن الثانى يرجعون بالدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدينهم ، وعلى المقاول الأصلى وهو مدين مدين مدينهم ، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدين مدين مدينهم ونصوص المادة ٦٦٢ مدنى تقصر عن ذلك بالنسبة إلى العمال(١).

١٣٢ — ما يترتب من النتائج على الدعوى المباشرة وحق الامتياز : ونفرض أن المقاول من الباطن أوعاملا للمقاول يريد الرجوع بالدعوى المباشرة على رب العمل . وقد قدمنا أنه يرجع بما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى المباشرة .

فقبل رفع هذه الدعوى وقبل إنذار رب العمل بالوفاء(٢) ، يجوز للمقاول الأصلى أن يتصرف فى حقه المترتب فى ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات ، ويكون هذا التصرف سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل . يستطيع المقاول الأصلى أن يستوفى هذا الحق من رب العمل كله أوبعضه ، ويكون

---

(١) وليس لموردى المقاول الأصلى (fournisseurs) دعوى مباشرة على رب العمل بأثمان ما وردوه للمقاول الأصلى ولا حق امتياز ، لأن نص المادة ٦٦٢ مدنى لا يشمل الموردين كما شمل المقاولين من الباطن والعمال (انظر فى هذا المعنى فى عهد التقنين المدنى القديم استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٨) . ولكن يجوز ، فى دفتر الشروط مثلا ، أن يكفل رب العمل المقاول فى الديون التى تنشأ فى ذمة هذا الأخير للموردين ، ويكون هذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنين معينين (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص ٢١٣ — كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١١١١ : ويذهبون إلى أن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير) .

ومن جهة أخرى لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلى عدم رجوع المقاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة ، فإن هذا الاتفاق المعقود ما بين رب العمل والمقاول لا يمس حقوق المقاول من الباطن والعمال إذ هم ليسوا طرفاً فيه ، وقد استمدوا حقوقهم من القانون (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٤٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٣).

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦ .

هذا الوفاء سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل[1]، ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٩٥ مدنى[2] . وتقع المقاصة بين ما للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل وما عليه له ، إذا كان ذلك سابقاً على تاريخ الإنذار بالوفاء . ويستطيع المقاول الأصلى كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل ، مادام الإبراء يكون صادراً قبل الإنذار بالوفاء[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦ .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٩ – إسماعيل غانم فى عقد العمل ص ٣٥٧ هامش ٣ – ويكون الوفاء سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش (بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص ٢١٣ – قارن دعوى المؤجر المباشرة قبل المستأجرين من الباطن حيث تنص المادة ٢/٥٩٦ مدنى على ما يأتى : « ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى ، ما لم يكن قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن » – وانظر كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١١٠٩) . وكذلك يكون الحجز الموقع من دائن المقاول الأصلى تحت يد رب العمل سارياً فى حق المقاول من الباطن أو العامل إذا كان قد حكم بصحة هذا الحجز قبل إنذار رب العمل بالوفاء (باريس ١٢ أبريل سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ٥ – ٢٩١ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٦٦ ص٢١٣) – وانظر فى كل ذلك أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص٤٢١ . ولكن قضى بأن الحجز تحت يد رب العمل لا يمنعه من أن يسدد أجر المقاول من الباطن وأجر العمال حتى يقوموا بإنجاز العمل ، إلا إذا فعل رب العمل ذلك غشا إضراراً بحق الدائن الحاجز (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣) .

وهناك رأى يذهب إلى أن الوفاء ، حتى يكون سارياً فى حق المقاول من الباطن والعامل ، يجب أن يكون بحسن نية (جيوار ٢ فقرة ٨٩٨) . ولكن الصحيح أن الوفاء يكون سارياً فى حق المقاول من الباطن والعامل حتى لو كان رب العمل عالماً بأن فى ذمة المقاول الأصلى مبلغاً مستحقاً لهما ، ما داما لم ينذرا رب العمل بالوفاء (بودرى وثال ٢ فقرة ٤٠٣٥ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٦١) ، وذلك ما لم يثبت أن هناك غشاً وتواطؤاً بين رب العمل والمقاول الأصلى . ويكفى أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء حتى يغل يد المقاول الأصلى ، وليس من الضرورى أن يسبق ذلك حجز تحت يد رب العمل (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٥) .

ولا يجوز للمقاول من الباطن أو العامل أن يرجع على المقاول الأصلى الذى استوفى حقه من رب العمل قبل الإنذار بالوفاء ، بحجة أن المقاول الأصلى قد أثرى على حسابه دون سبب ، فإن المقاول الأصلى قد قبض ما يستحقه بموجب عقد المقاولة الأصلى وهذا هو السبب فى إثرائه ، فلا يكون إثراؤه إذن دون سبب (نقض فرنسى ٢ مايو سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ – ١ – ٢٤٧ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٢١ هامش ٤٤) .

(٣) ويستطيع رب العمل أن يجنب عمال المقاول من الباطن كل هذه الدفوع لو أنه ، فى =

ثم يقع بعد ذلك أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء تمهيداً لرفع الدعوى المباشرة عليه . ولايحتاج ، حتى يمكنه رفع هذه الدعوى ، أن يرجع أولا على المقاول الأصلى ، وليس من الضرورى أن يكون المقاول الأصلى معسراً ، فقد يكون موسراً ومع ذلك يتركه المقاول من الباطن أو العامل ويرفع الدعوى المباشرة على رب العمل[1] . ومن وقت الإنذار بالوفاء يمتنع على المقاول الأصلى أن يتصرف فى حقه ، ويكون هذا التصرف غير سار فى حق المقاول من الباطن أو العامل . فإذا وفى رب العمل المقاول الأصلى حقه كله أو بعضه ، فإن هذا الوفاء لايسرى فى حق المقاول من الباطن أو العامل ؛ بل إن هذا الأخير يتقاضى من رب العمل الحق كله فى حدود ما له فى ذمة المقاول الأصلى ، ويرجع رب العمل على المقاول الأصلى بما دفعه للمقاول من الباطن أو العامل[2] . كذلك لاتجوز المقاصة بين حق المقاول الأصلى فى ذمة رب العمل ودين فى ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة . ومن ذلك الوقت أيضاً لايجوز للمقاول الأصلى إبراء رب العمل .

ويخلص من ذلك أن المقاول من الباطن أو العامل ، متى رفع الدعوى المباشرة على رب العمل ، أمكنه أن يحصل من طريق هذه الدعوى على جميع ما هو مستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت الإنذار بالوفاء ، وذلك

= دفتر الشروط مثلا ، اشترط لمصلحة هؤلاء العمال على المقاول الأصلى أن يدفع هذا الأخير لهم أجورهم . فيكون هناك اشتراط لمصلحة الغير ، بموجبه يرجع عمال المقاول من الباطن على المقاول الأصلى مباشرة بأجورهم ، ولا يستطيع المقاول الأصلى أن يحتج عليهم بأنه سبق أن وفى المقاول من الباطن كل ما يستحقه ولو كان هذا الوفاء قد وقع قبل رفع العمال الدعوى المباشرة على المقاول الأصلى . كذلك لا يستطيع المقاول الأصلى أن يحتج على العمال بحجز وقعه دائنو المقاول من الباطن تحت يده أو بمقاصة وقعت ، حتى لو كان الحكم بصحة الحجز أو وقوع المقاصة قد حصل قبل رفع الدعوى المباشرة . ولكن يجب أن يكون معنى الاشتراط لمصلحة الغير واضحاً ، فلا يكفى أن يشترط رب العمل أن يدفع المقاول من الباطن لعماله أجورهم بانتظام (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وزواست ١١ فقرة ٩٦٧ ص ٢١٤ – نقض فرنسى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٣٢٤) .

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٨ – وإذا أفلس المقاول الأصلى فتقدم المقاول من الباطن أو العامل فى تفليسته ، فإن هذا لا يمنعه من الرجوع أيضاً بالدعوى المباشرة على رب العمل ، حتى يستوفى جميع حقوقه من التفليسة ومن رب العمل (باريس ١٧ أغسطس سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣ – ٢ – ١٥٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ٥٨) .

(٢) حتى لو كان الوفاء للمقاول الأصلى واقعاً على حق مستحق الأداء .

فى حدود ما هو مستحق له فى ذمة المقاول الأصلى . فيتوقى بذلك مزاحمة سائر دائنى المقاول الأصلى ، وهذه هى المزية الكبرى للدعوى المباشرة[١] .

ويستطيع أيضاً أن يحصل على هذه المزية ، فيتجنب مزاحمة دائنى المقاول الأصلى ، لو أنه بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة وقع حجزاً تحت يد رب العمل على ما فى ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلى[٢] . فإنه فى هذه الحالة يكون له حق امتياز ، يتقدم به على سائر دائنى المقاول الأصلى . ومحل هذا الامتياز هو المبلغ الذى يكون فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت توقيع الحجز[٣] ، والحق الممتاز هو للمقاول من الباطن أو العامل فى ذمة المقاول الأصلى[٤] . فيتقاضى المقاول من الباطن أو العامل حقه الممتاز من المبالغ التى فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى وقت توقيع الحجز ، متقدماً على سائر دائنى المقاول الأصلى[٥] فلا يستطيع هؤلاء أن يزاحموه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر فى هذا المعنى : « ولهم (للمقاولين من الباطن وعمالهم وعمال المقاول الأصلى) فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز ، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » . فقبل توقيع الحجز تحت يد رب العمل[٦] ،

---

(١) أما المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم ، فلو تعدد هؤلاء ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة ولم يكن ما فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى يفى بجميع حقوقهم ، قسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيما بينهم ، كل بنسبة حقه . ويستوى فى ذلك أن يتزاحم المقاولون من الباطن ، أوهم وعمال المقاول ، أوهؤلاء جميعاً ومعهم عمال المقاولين من الباطن .

(٢) فإذا كان المطالب هو عامل للمقاول من الباطن ، فإنه يوقع الحجز تحت يد رب العمل ، أى تحت يد مدين مدين مدينه خلافاً للقواعد المقررة فى الحجز تحت يد الغير .

(٣) وحق الامتياز موجود بحكم القانون ، فالحجز لا يوجده ، ولكن فائدة الحجز هى فى تحديد محل الامتياز (محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٥٩) .

(٤) أو هو ما لعمال المقاول من الباطن فى ذمة المقاول من الباطن ، يرجعون به ، كما قدمنا ، إما على المقاول الأصلى فى حدود ما فى ذمته للمقاول من الباطن ، وإما على رب العمل فى حدود ما فى ذمته للمقاول الأصلى .

(٥) قارن محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٦٠ .

(٦) أو تحت يد المقاول الأصلى فى حالة عمال المقاول من الباطن .

يستطيع رب العمل أن يوفى المقاول الأصلى(١) ما لهذا فى ذمته . ولكن من وقت توقيع الحجز تحت يده ، يجب عليه أن يوفى أولا حقوق المقاولين من الباطن والعمال ، مقدماً إياهم على سائر دائنى المقاول الأصلى حتى لو حجز هؤلاء تحت يده . فإذا لم يف مافى ذمته للمقاول الأصلى بحقوق المقاولين من الباطن والعمال ، قسم هؤلاء الدين بينهم قسمة غرماء ، كل بنسبة حقه ، ولم يأخذ سائر دائنى المقاول الأصلى شيئاً حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضاً تحت يد رب العمل . ويجوز لرب العمل ، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضى ، أن يؤدى هذه المبالغ مباشرة للمقاولين من الباطن والعمال على النحو السالف الذكر(٢) .

بقى أن نواجه فرضاً أخيراً ، هو أن ينزل المقاول الأصلى عن حقه فى ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق ، وكانت القواعد العامة تقضى بأن هذه الحوالة تسرى فى حق المقاول من الباطن أو العامل إذا صارت نافذة فى حق الغير (بقبول المحال عليه أو بإعلانه) قبل إنذار رب العمل بالوفاء فى حالة استعمال الدعوى المباشرة ، وقبل توقيع الحجز فى حالة استعمال حق الامتياز(٣) . ولكن الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٢ مدنى سالفة الذكر تنص على ما يأتى :

---

(١) أو المقاول من الباطن فى حالة عمال المقاول من الباطن .

(٢) وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٦٦٢ مدنى : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى » . فحذفت عبارة « دون حاجة إلى استصدار أمر من القاضى » فى لجنة المراجعة دون أن يبين سبب الحذف ، والغالب أن يكون الحذف لعدم الحاجة إلى العبارة المحذوفة ، فيبقى المعنى بالرغم من حذف العبارة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣ – وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ فى الهامش) .

ونرى مما تقدم أن للمقاول من الباطن أو العامل دعوى مباشرة وحق امتياز ، وقد كان أحدهما يغنى عن الآخر ، فيستغنى مثلا بحق الامتياز عن الدعوى المباشرة . ومزية حق الامتياز على الدعوى المباشرة تظهر فيما إذا لم يكن للمقاول من الباطن أو العامل إلا الدعوى المباشرة ، ورفع دائن آخر للمقاول الأصلى الدعوى غير المباشرة على رب العمل فوفى له هذا الأخير بما فى ذمته للمقاول الأصلى . فى هذه الحالة لا يملك المقاول من الباطن أو العامل – وليس له إلا الدعوى المباشرة وقد ضاعت عليه إذ لم يرفعها قبل وفاء رب العمل بما فى ذمته للمقاول الأصلى – إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقسما الحق بينهما قسمة غرماء . وهذا بخلاف ما إذا كان للمقاول من الباطن أو العامل حق امتياز بدلا من الدعوى المباشرة ، فإنه فى هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر (انظر الوسيط ٢ فقرة ٥٥٥ ص ٩٧٩ هامش ١) .

(٣) انظر فى هذا المعنى الوسيط ٢ فقرة ٥٦٦ .

« وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل ». ويؤخذ من هذا النص أن الحوالة لاتسرى فى حق المقاول من الباطن أوالعامل ، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أوعلى توقيع الحجز ، بل يقدم فى جميع الأحوال حق المقاول من الباطن أوالعامل على حق المحال له . ويقطع فى صحة هذا التفسير أن المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى تقول فى صدد الفقرة الثالثة السابقة الذكر ما يأتى : « والفقرة الثالثة تقرر ما جرى عليه قضاء محكمة الاستئناف المختلطة »[1]. وقد جرى قضاء محكمة الاستئناف المختلطة فى عهد التقنين المدنى القديم بهذا المعنى ، فقضت هذه المحكمة فى دوائرها المجتمعة بتقديم المقاول من الباطن على المحال له حتى لو كانت الحوالة سابقة على الحجز[2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣ – وانظر آنفاً فقرة ١٣٠ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٦١ – وانظر استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٦ – ١٨ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٥ – ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٣ – ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٢ – ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٩ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٥٢ – ٥ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٥ – ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٢ – الوسيط ٢ فقرة ٥٥٧٠ ص ٩٨٣ – محمد لبيب شنب فقرة ١٣٤ ص ١٦٠ – ص ١٦١ .

الفصل الثالث

انتهاء المقاولة

١٣٣ – بيان أسباب انتهاء المقاولة : تنتهى المقاولة الانتهاء المألوف بتنفيذها . وتنتهى كذلك ، قبل تنفيذها ، وفقاً للقواعد العامة . وهناك أخيراً سببان لانتهاء المقاولة خاصان بها .

١٣٤ – الانتهاء المألوف بتنفيذ المقاولة : الانتهاء المألوف لعقد المقاولة يكون بتنفيذ هذا العقد ، فينفذ رب العمل التزاماته من تمكين المقاول من إنجاز العمل وتسلمه منه ودفع الأجر ، وينفذ المقاول التزاماته من إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل(١). ولا يتخلف بعد ذلك إلا التزام المقاول بالضمان. فيبقى التزام المقاول بضمان عيوب الصنعة والعيوب الخفية فى المادة التى قدمها مدة قصيرة أو مدة سنة بعد تسلم العمل ، ويبقى ضمان المقاول لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدة عشر سنوات من وقت التسلم على النحو الذى بسطناه تفصيلا فيما تقدم .

وقد تنتهى المقاولة بانقضاء المدة ، ويكون هذا تنفيذاً مألوفاً لها . والمدة ليست عنصراً أساسياً فى عقد المقاولة كما هى فى عقد الإيجار ، ولذلك ليست لها من الأهمية هنا ما لها هناك . ومع ذلك قد يقترن عقد المقاولة بمدة معينة ينجز فى أثنائها العمل . وقد تكون هذه المدة عنصراً أساسياً فى المقاولة بحيث تجعلها عقداً زمنياً . مثل ذلك أن يتعاقد رب العمل مع شركة لصيانة آلات ميكانيكية أو أجهزة كهربائية ، كصيانة المصعد أو السيارة أو الآلات الزراعية أو أجهزة الكهرباء أو أجهزة تكييف الهواء ، لمدة سنة . فالعقد هنا عقد

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى عقد استئجار الصانع لعمل معين ، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذى يعمل فيه أو على حسب العمل الذى يعمله ، أنه يعتبر منتهياً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل ، بتسلم الشيء المصنوع مقبولا وقيام رب العمل بدفع ثمنه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٤٠ ص ١١٠٧) .

مقاولة لمدة سنة ، والزمن عنصر جوهرى فيه . وتنتهى المقاولة بانقضاء مدتها[1] ، ويجوز تجديدها تجديداً صريحاً أو تجديداً ضمنيا . والتجديد الضمنى يكون على الوجه الذى يجدد به عقد الإيجار تجديداً ضمنياً ، وقد سبق بحث ذلك فى عقد الإيجار[2] . إلا أنه إذا جددت المقاولة تجديداً ضمنياً ، وبنفس الشروط السابقة ، فإنها تجدد لمدة غير معينة ، ويكون لكل من المتعاقدين إنهاء المقاولة فى أى وقت بعد إخطار يراعي العرف فى تحديد مدته[3] .

١٣٥ — الانتهاء قبل التنفيذ وفقا للقواعد العامة — نص قانونى : وقد ينتهى عقد المقاولة قبل تنفيذه انتهاء غير مألوف ، ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة . وأهم أسباب انتهاء المقاولة قبل تنفيذها وفقاً للقواعد العامة هى استحالة التنفيذ والفسخ والتقايل .

ولم يعرض التقنين المدنى لهذه الأسباب مكتفياً بتطبيق القواعد العامة ، فيما عدا السبب الأول منها وهو استحالة التنفيذ ، فقد نص عليه نصاً صريحاً حتى يعرض بعد ذلك لما يترتب على استحالة التنفيذ الراجع لهلاك الشيء من تحمل التبعة[4] . فنصت المادة ٦٦٤ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه[5] » . وليس هذا النص إلا

---

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة : أولا — بانقضاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل . ثانيا — . . . » .

(٢) انظر الوسيط ٦ فى التجديد الضمنى لعقد الإيجار .

(٣) ومع ذلك قد قضى بأن التجديد الضمنى يكون لنفس المدة السابقة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨) — انظر فى هذه المسألة بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٠٦ مكررة — محمد لبيب شنب فقرة ١٤٩ ص ١٨٢ .

(٤) ولكن حذف من النص فى مراحله التشريعية ، كما سنرى ، الجزء الخاص بتحمل التبعة اكتفاء بالقواعد العامة ، فبقى النص مقصوراً على تقرير انقضاء المقاولة باستحالة تنفيذ العمل .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان المقاول مستعداً لتنفيذ العمل ، ثم استحال التنفيذ لسبب يرجع إلى رب العمل ، ولكنه سبب تتوافر فيه شروط الحادث الفجائى ، كان للمقاول الحق فى ثمن ما أنجز من عمل وفى استرداد ما أنفق من مصروفات لم تدخل فى هذا الثمن . ٢ — ويجوز فى هذه الحالة لرب العمل أن ينقص مما يؤديه للمقاول قيمة ما اقتصده هذا من جراء عدم إتمام العمل . ٣ — أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ من رب العمل ، فللمقاول أن يطالب فوق ذلك بالتعويض » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : « ١ — تنتهى المقاولة باستحالة تنفيذ العمل =

تطبيقاً للمبدأ العام فى انقضاء الالتزام الذى تقرره المادة ٣٧٣ مدنى إذتقول : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه » . فإذا أثبت المقاول أن العمل المعهود به إليه قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبى ، كأن كان العمل رسما فنياً لا يقوم به إلا هو ثم أصيب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه كأن قطعت يده التى يرسم بها أوفقد بصره ، أوكان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة لاتحتمل الإبطاء فأصيب الطبيب بمرض مفاجئ يمنعه من إجراء العملية ، أو كان العمل إعطاء دروس للإعداد لامتحان معين وبعد إعطاء بعض هذه الدروس مرض المدرس مرضاً استغرق الوقت الباقى لحلول موعد الامتحان ومنعه المرض من المضى فى إعطاء

= المعقود عليه . ٢ – وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى ، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٨ (م ٦٦٧مدنى) . أما إذا استحال بخطأ المقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكنه يكون مسئولا عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة (م ٦٦٣ مدنى) هى التى تسرى » . وأصبحت المادة رقمها ٦٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة ، واستبدلت عبارة « ينقضى عقد المقاولة » بعبارة « تنتهى المقاولة » الواردة فى صدر الفقرة الأولى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٦٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٧ – ص ٥٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تقريراً للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٦ : ١ – تنتهى المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه . ٢ – وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى ، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٩ . أما إذا استحال بخطأ المقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكن يكون مسئولا عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة هى التى تسرى . (ونص التقنين العراقى مطابق لنص المشروع النهائى للتقنين المصرى ، وتتفق أحكامه مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٤٣ : تنتهى إجارة الخدمة أوالصناعة : أولا – . . ثانيا – . . ثالثا – باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

الدروس(١) ، فني جميع هذه الأحوال ينقضي التزام المقاول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، وينقضي التزام رب العمل المقابل له وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه تطبيقاً لأحكام المادة ١٥٩ مدنى التي تقضى بأنه « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومتى انتهى عقد المقاولة بالانفساخ على هذا الوجه ، استحق المقاول تعويضاً ، لا بموجب المقاولة فقد انتهت ، ولكن بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب . وقد فصلت المادة ٦٦٧ مدنى ذلك فى خصوص موت المقاول ، بعد أن ألحقت به أن يصبح المقاول عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه ، فقالت : « ١ — إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات . ٢ — ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا . ٣ — وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه » . وسنعود إلى بحث هذا النص عند الكلام فى موت المقاول . ونكتفى هنا ، فيما نحن بصدده ، بأن نقول إن المقاول فى الأمثلة السالفة الذكر يقتضى تعويضاً من رب العمل أقل القيمتين ، قيمة ما أنفقه من ماله ووقته وقيمة ما استفاد به رب العمل(٢). فالرسام ، إذا كان

---

(١) ومثل ذلك أيضاً أن يكون العمل فى حاجة لرخصة إدارية وامتنعت الإدارة عن إعطاء هذه الرخصة ، أو تكون الأرض التى تراد إقامة البناء عليها قد نزعت ملكيتها للمنفعة العامة (بودرى وثال ٢ فقرة ٤٠٨٥) .

(٢) وقد كان المشروع النهائى للمادة ٦٦٤ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهرى ، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين فى المادة ٨٨٨ (م ٦٦٧ مدنى) . أما إذا استحال بخطأ المقاول ، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ، ولكنه يكون مسئولا عن خطأه . وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة (م ٦٦٣) هى التى تسرى » . وقد حذفت هذه الفقرة فى مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٨ — ص ٥٩ . وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

وتطبيق القواعد العامة يؤدى ، فى حالة استحالة التنفيذ لسبب قهرى ، إلى الأحكام التى بسطناها فى المتن . أما فى حالة الاستحالة بخطأ المقاول ، فإنه يجوز لرب العمل طلب فسخ العقد مع =

قد أنجز جزءاً من عمله ذا قيمة فنية ، يتقاضى قيمة هذا الجزء من رب العمل ويسلمه إياه ، والمدرس يتقاضى أجراً عادلا عن الدروس التي أعطاها قبل مرضه ، وهكذا . أما إذا كانت المقاولة تقتضى استخدام شيء للعمل فيه وهلك هذا الشيء بسبب أجنبي ، فقد رأينا المادة ٦٦٥ مدنى تجعل تبعة هذا الهلاك قبل تسليمه على المقاول . ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة تفصيلا عند الكلام فى تبعة هلاك الشيء قبل التسليم ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[1] .

بقى من أسباب انتهاء المقاولة قبل تنفيذها الفسخ والتقايل .

أما الفسخ ، فكالانفساخ فيما قدمناه ، ينهى العقد قبل تنفيذه . ويجوز طلب فسخ المقاولة إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وفقاً للقواعد المقررة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين . فإذا أخل المقاول بأحد التزاماته ، كأن لم ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها أو التى تقضى بها أصول الصنعة ، أو تأخر

= التعويض إذا كان له مقتض ، أو طلب التنفيذ عن طريق التعويض لاستحالة التنفيذ العيني . وفى حالة الاستحالة بخطأ رب العمل ، يجوز القول بأن رب العمل يكون فى حكم من تحلل من العقد بإرادته المنفردة ، ومن ثم تسرى أحكام المادة ٦٦٣ مدنى على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

ولا يعتبر إفلاس أحد الطرفين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٣) ، بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة سنديك الطرف المفلس ، وإذا امتنع السنديك عن التنفيذ جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٢ – فقرة ٤٠٨٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨) . وإذا أفلس المقاول وكان هو الذى قدم المادة التى استخدمها فى العمل ولم يتم العمل قبل الإفلاس ، فإنها تبقى ملك المقاول (انظر آنفاً فقرة ٤٠) ، ولا يجوز لرب العمل أن يستردها من التفليسة حتى لو كان دفع الأجر كله مقدماً (انظر بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٣ : ويذهبان إلى أن العبرة بتسلم رب العمل لا بإنجاز العمل ، فقبل التسلم يبقى الشيء ملكاً للمقاول) . وقد نصت المادة ٨٩٠ من التقنين المدنى العراقى ، فى خصوص إفلاس رب العمل ، على ما يأتى : « إذا أشهر إفلاس رب العمل ، جاز للمقاول أو لوكيل التفليسة أن يفسخ العقد دون أن يكون لأى منهما حق المطالبة بتعويض عن هذا الفسخ » . وقد ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى نص مماثل لنص التقنين المدنى العراقى ، هو المادة ٨٨٩ من هذا المشروع (مشروع تنقيح التقنين المدنى – مذكرة إيضاحية – ٣ العقود المسماة ص ٨٨٩ . وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) .

وانظر فى أن بيع أحد الطرفين لمحل عمله (fonds de commerce) أو توقفه عن مزاولة أعماله هو ، كالإفلاس ، لا يكون سبباً فى انتهاء المقاولة : بودرى وفال فقرة ٤٠١٦ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٣ – فقرة ٥٥ .

في تسليم العمل ، أوظهر فى العمل عيب خفى واجب الضمان ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد ، والمحكمة تقدر هذا الطلب ، فإن أجابته فسخ عقد المقاولة واعتبر كأن لم يكن . وإذا أخل رب العمل بأحد التزاماته ، كأن امتنع عن تمكين المقاول من إنجاز العمل أو عن تقبل العمل وتسلمه أومن دفع الأجر ، جاز للمقاول هو أيضا أن يطلب فسخ العقد . وقد بسطنا وجوه الفسخ تفصيلا ، كل وجه فى موضعه ، ونكتفى هنا بالإحالة على كل ذلك(١) .

وقد ينتهى عقد المقاولة قبل تنفيذه بالتقايل . فيتفق المقاول ورب العمل على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة ، وكما انعقدت المقاولة بتراضى الطرفين فإنها تنتهى كذلك بتراضيهما(٢) . ويغلب أن يسوى المتعاقدان الحساب فيما بينهما باتفاق يضمنانه التقايل ، فإذا سكتا عن ذلك فإن المبادئ العامة ، وأخصها مبدأ الإثراء بلاسبب ، تتكفل بتسوية الحساب .

١٣٦ — سببان للانتهاء خاصان بالمقاولة : ويبقى بعد ذلك سببان للانتهاء خاصان بعقد المقاولة ، وقد وردت فى شأنهما نصوص خاصة فى التقنين المدنى : (السبب الأول) هو تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة . (والسبب الثانى) موت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار . ونظراً لأهمية هذين السببين ، تخصص لكل منهما مبحثاً مستقلا .

المبحث الأول

تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة

١٣٧ — نص قانونى : تنص المادة ٦٦٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة : أولا — . . . ثانيا — بصدور حكم من القاضى بفسخ العقد فى أحوال معينة فى القانون . ثالثا — . . . » — وللمحكمة ، عند فسخ العقد ، أن تعطى تعويضاً للطرف الذى طلب الفسخ عما أصابه من ضرر بسبب الفسخ ، مع مراعاة ما أنجزه المقاول من الأعمال قبل الفسخ وتعويضه عنها تعويضاً عادلا (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٧ — فقرة ٤٠٨٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨ — نقض فرنسى ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠ — ٢ — ٨٨ — مجلس الدولة الفرنسى ٣ نوفبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ — ٣ — ١٣٢) .

(٢) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٨٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٨ .

« ١ – لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » .

« ٢ – على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد ومايكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر »[1].

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٠٧/٤٩٥[2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٢٩ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٦٦٢ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٨٨٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٦٣٤[3].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٥ – ص ٥٧) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٤٠٧/٤٩٥ : وفى جميع الأحوال يجوز لصاحب العمل أن يوقفه مع أدائه التعويضات اللازمة للمقاول فى مقابلة المصاريف المنصرفة لتهيئة العمل الذى صار إيقافه . ولكن إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المقاولة معه على العمل كله ، وجب عليه فى حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذى كان ينتج للمقاول أو الصانع المذكور من تنفيذ العمل . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تطابق الفقرة الأولى نص المادة ٤٠٧/٤٩٥ من التقنين الحالى (القديم) مع تحديد أدخله المشروع عليها . أما الفقرة الثانية فقد قررها المشروع اقتباساً من بعض التقنينات الحديثة مع مراعاة ما ورد فى أحكام محكمة الاستئناف الأهلية : ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٤٨ – ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ قسم ثان ص ٩٢ رقم ٤٨ – والمختلطة : ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٥١ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٦) – والظاهر أن محل دفع رب العمل للمقاول الربح الذى كان ينتج من تنفيذ المقاولة ، فى التقنين المدنى القديم ، هو أن يكون العقد بأجر إجمالى (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م ٦٢٩ (مطابق) .

١٣٨ – النص تطبيق للقواعد العامة لوحظت فيه مسايرة طبيعة عقد المقاولة : ويتبين من النص سالف الذكر أن لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة ، لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لابد أن تمضى بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه . فقد يرى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ أن من الخير له العدول عنها والرجوع فى العقد ، وقد تتغير الظروف التى أبرم فيها العقد كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة ، وقد يكون رب العمل قد اعتمد على موارد يدفع منها أجر المقاولة فتتخلف هذه الموارد أو تقصر عن دفع الأجر ، وقد يصاب رب العمل فى أثناء تنفيذ المقاولة بخسارة تجعله عاجزاً عن المضى فى تمويل المقاولة ، وقد يصبح العمل المطلوب أداؤه غير مجد لرب العمل . فأجاز القانون ، لسبب من هذه الأسباب أو لأى سبب آخر يبدو وجيها فى نظر رب العمل ، أن يرجع هذا الأخير فى العقد ويتحلل من المقاولة ، على أن يعوض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب ، وهذا خير له من المضى فى العمل إلى نهايته والإنفاق فى غير فائدة(١) . ويبدو لأول وهلة أن النص يقرر مبدأ يخرج به على القواعد العامة ، إذ رب العمل يتحلل بإرادته وحده من عقد ملزم له ، والقاعدة المقررة هى أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » (م١٤٧/١ مدنى)(٢) . ولكن عندما

= التنقين المدنى الليبى م ٦٦٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٥ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا يوجد نص مقابل تماما . وأقرب النصوص هى المادة ٦٣٤ من هذا التقنين وتجرى على الوجه الآتى : « من التزم بالقيام بعمل أو بخدمة ولم يتمكن من إتمامها لسبب يتعلق بمستأجره ، يحق له أن يتقاضى كل الأجر الذى وعد به إذا كان قد بقى على الدوام قيد تصرف المستأجر ولم يؤجر خدمته لشخص آخر . على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض الأجر المعين بحسب مقتضى الحال » .

(١) دافيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٦٨ – دى باج ٤ فقرة ٩١٤ ص ٧٤٥ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٤ ص ١٨٨ – ص ١٨٩ .

(٢) وهذا ما قال به كثير من الفقهاء (لوران ٢٦ فقرة ١٧ – جيوار ٢ فقرة ٨٠٣ – =

نتأمل الجزاء على رجوع رب العمل فى العقد ، وهو أن يعوض المقاول ما تكبده من خسارة وما فاته من كسب ، نرى أن ذلك يؤدى إلى أن رب العمل ، وقد أجاز له القانون أن يعدل عن تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً بإتمام العمل محل المقاولة ، لم يعفه مع ذلك من تنفيذ العقد عن طريق التعويض ، فهوملزم بدفع تعويض كامل بعنصريه مجتمعين : ما تجشمه المقاول من خسارة وما فاته من كسب. فلو أن النص سالف الذكر لم يوجد ، ووقف رب العمل تنفيذ المقاولة لسبب قام به ، لكانت القواعد العامة تقضى بأن يكون للمقاول الحق فى طلب التنفيذ العينى والمضى فى تنفيذ العمل فيتقاضى الأجر كاملا ، ويجوز كذلك بدلا من التنفيذ العينى أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض فيتقاضى ما تجشمه من خسارة وما فاته من كسب. ولما كانت طبيعة عقد المقاولة تأبى على المقاول أن يتمسك بطلب التنفيذ العينى ، إذ لا مصلحة له فى أن يتم العمل حتما والمصلحة فى ذلك إنما هى لرب العمل ، ومصلحة المقاول فى أن يتقاضى التعويض كاملا ، فقد أقفل القانون فى وجهه باب التنيفذ العينى إذ لا مصلحة له فيه ، وأبقى باب التعويض مفتوحاً يدخل منه إلى تنفيذ العقد على الوجه الذى يتفق مع مصلحته . وإذا ثبت أن للمقاول مصلحة أدبية فى إتمام العمل ، فسنرى أن القانون يسمح أيضاً بتعويضه عن هذه المصلحة . فالنص إذن يؤول فى النهاية إلى أنه تطبيق للقواعد العامة بما يساير طبيعة عقد المقاولة بالنسبة إلى المقاول(١). أما بالنسبة إلى رب العمل فالأمر مختلف ، فإن هذا له مصلحة محققة فى أن يتم العمل وهو من أجل هذا قد أبرم عقد المقاولة ، ومن ثم لم يجز القانون للمقاول أن يرجع فى عقد المقاولة بإرادته المنفردة كما أجاز ذلك لرب

= بودرى وڤال ٢ فقرة ٨٠٩٢ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – ولكن قارن كوليه دى سانتير ٧ فقرة ٢٤٧ مكررة – ٢ – هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – دى باچ ٤ فقرة ٩١٤ .

(١) ويصل الأستاذ محمد لبيب شنب إلى نفس النتيجة عن طريق نظرية الجحود المبتسر للعقد فيقول : « . . الدائن لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التى كان فى استطاعته أن يتوقاها ببذل جهد معقول (م ٢٢١/١) ، فذلك يفرض عليه التزاماً بتخفيف المضار ، ووفقاً لهذا الالتزام لا يجوز للمقاول أن يمضى فى تنفيذ العمل بعد علمه بإصرار رب العمل على التحلل من العقد وجحوده له ، وذلك إذا كان من شأن هذا الاستمرار أن يزيد فى الأضرار التى تصيبه . فإن استمر فى التنفيذ رغم ذلك ، لم يحق له تقاضى تعويض عن هذه الأضرار على أساس أنه كان فى وسعه توقيها » (محمد لبيب شنب فقرة ١٥٤ ص ١٨٩ – وانظر أيضاً بحثه فى نظرية الجحود المبتسر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٢ ص ٢٩٣ – ص ٢٩٤) .

العمل ، بل جعل لهذا الأخير الحق فى إجبار المقاول على التنفيذ العينى دون أن يقتصر على التنفيذ بطريق التعويض[1] .

بقى أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى سالفة الذكر تجيز تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب ، بل وتوجب إنقاص هذا التعويض بمقدار ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء عدم إتمام تنفيذ العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر . وليس فى هذا أيضاً إلا تطبيق للقواعد العامة . فإنه عند حساب الخسارة التى تحملها المقاول من جراء عدم إتمام تنفيذ المقاولة ، يجب أن يستنزل ما لم يتحمله فعلا من هذه الخسارة بسبب وقف تنفيذ المقاولة وعدم المضى فى إنجاز العمل . وفى حساب الكسب الذى فات المقاول ، يجب أن يستنزل كذلك ما لم يفته فعلا إذا كان قد استخدم وقته فى أمر آخر عاد عليه بكسب معين . والذى يقطع فى ذلك أن القضاء ، فى عهد التقنين المدنى القديم الذى لم يشتمل على نص مماثل للفقرة الثانية سالفة الذكر ، كان يجرى هذا الحكم باعتباره مجرد تطبيق للقواعد العامة[2] .

بعد هذا التمهيد نتكلم ، فى صدد المادة ٦٦٣ مدنى ، فى المسائل الآتية : (١) ما يشترط للتحلل من المقاولة بإرادة منفردة . (٢) ما لا يشترط لإمكان هذا التحلل . (٣) كيف يقع التحلل . (٤) ما يترتب على التحلل من النتائج .

---

(١) انظر فيما يذهب إليه بعض الفقهاء من أنه قد يكون للمقاول مصلحة فى الرجوع فى عقد المقاولة بإرادته إذ قد يتبين أن المقاولة صفقة خاسرة بالنسبة إليه : بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٠١ . ولكن وضع المسألة على هذا الوجه ليس صحيحاً ، فحق الرجوع إنما أعطى لرب العمل ، لا لأنه قد يرى الصفقة خاسرة إذ هو سيدفع تعويضاً كاملا كما قدمنا فيبقى متحملا لكل الخسارة ، وإنما أعطى له حق الرجوع لأن إتمام العمل يهمه وحده دون المقاول ، فإذا رأى لأسباب صحت عنده ألا مصلحة له فى إتمام العمل جاز له وقف تنفيذه ، ولا يحق للمقاول إجباره على إتمام التنفيذ بعد أن تقاضى التعويض كاملا .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأنه لتحديد مقدار الكسب الذى فات المقاول ، لا يجوز التمسك بفرق حسابى بين أسعار التكلفة والأجر المتفق عليه ، إذ أن المقاول لم يؤد فعلا عملا يقابل هذا الفرق ولم يتحمل أية تبعة عنه ، فتقضى العدالة إذن بتخفيض مقدار هذا الكسب الاحتمالى (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥١) . وانظر أيضاً استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٤٨ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٨ ص ٩٢ .

١٣٩ – ما يشترط لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة :
يتبين من نص المادة ٦٦٣ مدنى سالفة الذكر أن هناك شروطاً أربعة لإمكان التحلل من المقاولة بإرادة منفردة .

(الشرط الأول) أن يكون العمل محل المقاولة لم يتم[1]. فإن العمل إذا كان قد تم لم تعد هناك فائدة من إمكان التحلل من عقد المقاولة ، لأن رب العمل إذ ذاك يلتزم بدفع الأجر كاملا على سبيل التعويض ، فأولى أن يدفعه أجراً على عقد تم تنفيذه . ويثبت الحق فى التحلل من المقاولة منذ إبرام العقد ، حتى لو لم يبدأ العمل[2] ، بل إن التحلل قبل البدء فى العمل أيسر على رب العمل إذ يكون التعويض المستحق للمقاول أقل . ويبقى الحق فى التحلل قائماً ، حتى بعد البدء فى العمل والمضى فيه إلى ما قبل إتمامه . فإذا أتمه المقاول وأعذر رب العمل أن يتسلمه ، انقطع حق رب العمل فى التحلل من المقاولة بعد هذا الإعذار[3].

(الشرط الثانى) أن يكون الطرف الذى يتحلل من العقد هو رب العمل. فالمقاول ليس له الحق فى التحلل من المقاولة بإرادته المنفردة ، بل يبقى ملزماً بتنفيذها إلى النهاية ، ويجوز لرب العمل إجباره على التنفيذ العينى دون أن يقتصر على مطالبته بالتعويض[4] . ذلك أن لرب العمل مصلحة محققة فى هذا التنفيذ العينى دون التعويض ، إذ هو لم يبرم عقد المقاولة إلا للحصول على هذا التنفيذ . فرب العمل إذن هو وحده الذى يملك التحلل من العقد ، فى مواجهة المقاول أو فى مواجهة ورثة المقاول على ما سنرى ، وهو حق شخص

---

(١) داڤيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٧٠ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٧ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٦ ص ١٩١ .

(٢) بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٥ .

(٣) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٩٧ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٦ – فقرة ١٢٧ – نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤ – ١ – ١١ .

(٤) هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ – جيوار ٢ فقرة ٨٠٦ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٠١ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣١ .

متروك لمحض تقديره فلايجوز أن يستعمله دائنوه باسمه[١]. ولكنه حق ينتقل من رب العمل إلى الخلف العام والخلف الخاص . فلورثة رب العمل بعد موته أن يستعملوا هذا الحق[٢] . فإذا تعدد الورثة وكانوا يصيرون مالكين فى الشيوع للعمل بعد إتمامه ، فإن الرجوع عن هذا العمل يعتبر فى حكم التصرف فيه . ومن ثم إذا اختلف الورثة فى استعمال هذا الحق ، جاز لمن كان يملك منهم ثلاثة أرباع العمل إذا تم أن يتحللوا من المقاولة إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجباً (م٨٣٢ مدنى)[٣].

كذلك يجوز للخلف الخاص أن يتحلل من المقاولة ، فلو نزل رب العمل عن المقاولة إلى غيره ، كان لهذا الغير أن يتحلل من العقد[٤] . أما إذا باع رب العمل الأرض التى يقام عليها البناء بعقد مقاولة ، فإن مشترى الأرض لاينتقل إليه عقد المقاولة إلا إذا اتفق على ذلك ؛ فإذا انتقل إليه العقد ، جاز له التحلل منه بإرادته المنفردة باعتباره رب عمل جديد حل محل رب العمل القديم[٥].

(الشرط الثالث) أن يكون تحلل رب العمل من المقاولة راجعاً إلى مشيئته هو ، لا إلى خطأ المقاول[٦] . ذلك أن المقاول إذا ارتكب خطأ ، فسبيل رب العمل ليس التحلل من المقاولة ، بل يطلب فسخها إذا كان هذا الخطأ

---

(١) هيك ١٠ فقرة ٤٢٠ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٩٩ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ – دى پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠ – ص١٩١ .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٠٠ – بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص١٧٧ – دى پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ .

(٣) انظر فى هذا المعنى محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٣ وفقرة ١٥٥ ص ١٩٠ – وانظر فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص مماثل للمادة ٨٣٢ مدنى مصرى : بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٠٠ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١١١٤ ص ٧٣٥ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٩ .

(٤) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٩٩ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٥ ص ١٩٠ .

(٥) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٩٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٠ .

(٦) كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١١١٤ ص ٧٣٦ – نقض فرنسى ٣ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ – ٢ – ٨٨ .

يبرر الفسخ ، وفى هذه الحالة يكون المقاول هو المسئول عن تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الفسخ ، ولا يرجع المقاول على رب العمل بتعويض كامل كما كان يرجع لو أن رب العمل تحلل بإرادته المنفردة ، بل يرجع عليه بمبدأ الإثراء بلاسبب . هذا إلى أن رب العمل يجوز له أيضاً ، فى حالة خطأ المقاول ، أن يطلب التنفيذ العينى ، فيجبر المقاول على إصلاح خطأه عيناً مع المضى فى التنفيذ وذلك إلى جانب تعويض رب العمل عن الضرر الذى أصابه بسبب الخطأ .

(الشرط الرابع) ألا يشترط المقاول على رب العمل عدم جواز التحلل من العقد . ذلك لأن حق رب العمل فى التحلل من العقد بعد التعويض ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة فى كل من شطريها. يجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد ، وفى هذه الحالة لا يجوز له التحلل بإرادته المنفردة ، بل يستطيع المقاول أن يلزمه بالمضى فى فى تنفيذ المقاولة إلى أن يتم ، إذ قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل كما سنرى. ويجوز الاتفاق أيضاً ، على العكس مما تقدم ، على أن يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون أن يدفع أى تعويض للمقاول ، أو دون أن يدفع تعويضاً كاملا بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول[1] .

١٤٠ — متى يشترط وجود التحلل من المقاولة بإرادة منفردة : فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، جاز لرب العمل أن يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة :

١ — ويستوى فى ذلك أن تكون المقاولة بأجر إجمالى جزافى أو بأجر مقدر بسعر الوحدة ، ففى الحالتين يجوز التحلل . وهذا الحكم لا يتطرق إليه شك فى التقنين المدنى المصرى ، إذ نص المادة ٦٦٣ مدنى عام لم يفرق بين حالة وحالة . أما فى التقنين المدنى الفرنسى فالمادة ١٧٩٤ لا تذكر إلا المقاولة بأجر إجمالى جزافى ، فذهب بعض الفقهاء ، إلى أنه لا يجوز التحلل إذا كان الأجر مقدراً بسعر الوحدة[2] . ولكن بعضاً آخر ذهب إلى عدم التمييز ، وأجاز

---

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٠٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٨ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٤ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥٨ — نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤ — ١ — ١١٠ .

(٢) لوران ٢٦ فقرة ١٨ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٩٤ — بلانيول وريبير ورواست =

التحلل فى المقاولة المقدر أجرها بسعر الوحدة من باب أولى ، إذ هى أقل ربطاً لرب العمل وأيسر عند حساب التعويض[1] .

٢ — ويستوى كذلك أن يكون التحلل فى عقد مقاولة أو فى عقد مقاولة من الباطن . فيجوز للمقاول الأصلى ، باعتباره رب عمل ، أن يتحلل من المقاولة من الباطن قبل إتمام العمل[2] . ولكن الرأى السائد فى فرنسا أن المادة ١٧٩٤ مدنى فرنسى لاتسرى فى العلاقة ما بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ، بل تقتصر على العلاقة ما بين رب العمل والمقاول[3] .

٣ — ولافرق ، فى ثبوت الحق لرب العمل فى التحلل ، بين ما إذا كان هو الذى قدم المادة التى تستخدم فى العمل أوكان الذى قدمها هو المقاول[4] . وفى حالة ما إذا كان المقاول هو الذى قدمها ، فإن له أن يأخذ تعويضاً عنها بعد أن يسلمها لرب العمل ، وله أن يحتفظ بها وفى هذه الحالة لا يتقاضى عنها تعويضاً .

٤ — ويثبت حق التحلل لرب العمل أياكان محل المقاولة . فقد يكون محلها بناء أومنشآت ثابتة أخرى ، وقد يكون محلها صنع آلات ميكانيكية

= ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٨ — جوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ .

(١) ديرانتون ١٧ فقرة ٢٥٧ — ديڤرچييه ٢ فقرة ٣٧١ — هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ — جيوار ٢ فقرة ٨٠٤ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٢ — دى پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٥ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١١٤ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et ind. فقرة ١١٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢١ فى آخرها فى الهامش .

(٣) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٦٧ وفقرة ٤٠٩٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ — دى پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٢ .

(٤) لوران ٢٦ فقرة ١٩ — هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ — جيوار ٢ فقرة ٨٠٥ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٩٣ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٣ وهامش ١١ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٧ — ص ١٧٨ — دى پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٥ — داڤيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٦٩ — جوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢٠ — عكس ذلك وأن الحق فى التحلل لا يثبت إذا كان المقاول هو الذى قدم المادة : ترولون ٣ فقرة ١٠٣٠ — ماركاديه م ١٧٩٤ — م ١٧٩٩ فقرة ٢ — بيزوس ص ١٦١ .

أو سيارات أو أثاث أورسم أوغير ذلك من الأعمال ، ففى جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل بإرادته المنفردة أن يتحلل من المقاولة[1] .

٥ — ويثبت كذلك حق التحلل لرب العمل أيا كان المقاول . فقد يكون مقاول بناء ، أو مهندساً معمارياً[2] ، أو طبيباً ، أومحامياً ، أو محاسباً ، أو نجاراً ، أو سباكاً ، أوغير ذلك . وفى جميع هذه الأحوال يجوز لرب العمل التحلل من العقد ، إذ النص عام لم يفرق بين حالة وأخرى .

٦ — ويجوز أخيراً لرب العمل التحلل من العقد أيا كانت الأسباب التى يقدمها لهذا التحلل . بل هو غير مسئول عن تقديم أى سبب لتحلله من العقد ، ويكفى محض إرادته . وهو وحده الموكول إليه تقدير ما إذا كان يتحلل من العقد ، دون معقب على تقديره من المحكمة[3] .

١٤١ — *كيف يقع التحلل من المقاولة* : ويقع التحلل من المقاولة بإخطار رب العمل المقاول برغبته فى الرجوع فى المقاولة . والتكييف القانونى للتحلل هو أنه إرادة من جانب واحد ، أى تصرف قانونى يصدر من رب العمل للرجوع فى عقد المقاولة . وتكييف الرجوع فى المقاولة هو نفس تكييفه

---

(١) جيوار ٢ فقرة ٨٠٥ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ هامش ١١ — بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٨ — بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٨ — كولان وكاپيتان ودى لاموranديير ٢ فقرة ١١١٤ (ب) — چوسران ٢ فقرة ١٣٠٩ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Luage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٢١ .

(٢) جيوار فى الوكالة فقرة ٢٨ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٩٦ .

(٣) وقد قضى بأن لصاحب العمل وحده الحق فى فسخ عقد المقاولة والعدول عن إتمام العمل ، سواء لأنه وجد أن العمل غير محقق لمصلحة له ، أو حاقت به صعوبات مالية جعلته فى حالة مادية لا تمكنه من الاستمرار فى تنفيذه والصرف عليه ، ولايسأل عن هذا بياناً أوتدليلا ، ولايستطيع المقاول اعتراضاً على تصرفه إذ هو له بحكم القانون أن يتقاضى جميع ما كان يعود عليه من ربح فيما إذا تم العمل تنفيذاً للعقد (مصر الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٨ ص ١٢٨٣) . وانظر استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٥٤ — ١٩ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٩ .

غير أنه إذا أثبت المقاول أن رب العمل قد تعسف فى استعمال حقه فى التحلل من العقد ، كأن قصد من وراء التحلل أن ينال من سمعة المقاول الأدبية وأن يشهر به بين الناس وبين أبناء مهنته ، جاز للمقاول أن يرجع بتعويض على رب العمل طبقاً للقواعد المقررة فى التعسف فى استعمال الحق (قرب دى پاچ ٤ فقرة ٩١٤ ص ٩٤٦ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥٦ ص ١٩٢ — ص ١٩٣).

فى عقود أخرى يجوز فيها الرجوع ، كالهبة والوكالة وعقد الإيجار والعمل إذا كانت مدتها غير معينة .

ولم يشترط القانون شكلا خاصاً للرجوع ، ولاميعاداً معيناً له . فوجب القول إن الرجوع يكون فى صورة إخطار يعلن به رب العمل إرادته فى التحلل من العقد . وقد يكون الإخطار فى ورقة رسمية على يد محضر ، وقد يكون فى كتاب مسجل أوغير مسجل ، وقد يكون شفوياً . ولكن عبء إثبات الإخطار ، وهو تصرف قانونى كما قدمنا ، يقع على رب العمل ، فإذا كانت المقاولة تزيد على عشرة جنيهات وجب إثباته بالكتابة أوبما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . ويجوز الرجوع فى أى وقت ، منذ إبرام المقاولة إلى ما قبل إعذار المقاول لرب العمل بتسلم العمل كما سبق القول[1].

ويتم الرجوع عن المقاولة بمجرد وصول الإخطار إلى علم المقاول ، طبقاً للقواعد العامة المقررة فى إنتاج الإرادة لأثرها .

١٤٣ — ما يترتب من النتائج على التحلل من المقاولة : فإذا وقع الإخطار على الوجه المتقدم الذكر ، ترتبت النتائج الآتية :

(أولا) ينتهى عقد المقاولة بالرجوع فيه ، فلا يعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر ، ولايعود المقاول ملزماً بإنجاز العمل[2] .

(ثانيا) ولكن رب العمل يلتزم بتعويض المقاول « عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » . ومصدر هذا الالتزام هوالقانون ، لا عقد المقاولة فقد انتهى كما سبق القول . فيلتزم رب العمل :

١ — بتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات ، ولو كانت

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) وإذا جاز لرب العمل أن ينهى المقاولة بإرادته المنفردة ، فإنه لا يجوز له أن يوقف تنفيذ العقد بإرادته وحده ، فليس له إلا أن يمضى فيه أو أن يتحلل منه (نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩١٤ سيريه مختصر ١٩١٤ — ١ — ١١٠ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouvr. et d'ind. فقرة ١٢٨) .

مصروفات أولية لم تعد بأى نفع على رب العمل(١). وكذلك يلتزم بتعويضه عما أنجزه من الأعمال ، ويدخل فى ذلك أجور العمال والنفقات الفعلية التى صرفها فى إنجاز الأعمال والقيمة الفعلية للمواد التى قدمها لاستخدامها فى العمل. وعلى المقاول أن يسلم لرب العمل ما أنجز من العمل ، بعد أن يتقاضى قيمته على النحو السالف الذكر. على أن المقاول لا يجبر على تسليم المواد التى قدمها ، فإذا أراد الاحتفاظ بها جاز له ذلك على ألا يتقاضى تعويضاً عنها(٢) . ولا يتقاضى المقاول تعويضاً إلا عن الأعمال التى يكون قد أنجزها وقت علمه بإخطار رب العمل بالتحلل من العقد . أما الأعمال التى يقوم بها بعد ذلك فلا يرجع فيها على رب العمل إلا على أساس مبدأ الإثراء بلاسبب ، أى بأقل القيمتين ما صرفه فعلا وما عاد من نفع على رب العمل . وذلك ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على ما أنجز من العمل ، كما لو وضع أدوات صحية فى بناء فيثبت هذه الأدوات فى أماكنها حتى لا تتلف ويرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى تثبيت الأدوات .

٢ ـ بتعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل(٣). فإذا كان

---

(١) ولكن يشترط أن يكون هناك عقد مقاولة قائم وقت إنفاق هذه المصروفات ، أما إذا كان المقاول قد أنفق هذه المصروفات قبل إبرام عقد المقاولة وهو يأمل بذلك أن يبرم هذا العقد ، فليس له أن يستردها (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٤) .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥٧ ص ١٩٣ .

(٣) فلا يكفى تعويض المقاول عما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائى إذ قضى بإلزام رب العمل بالتعويض قد أقام قضاءه على ما اتخذه المقاول أساساً لدعواه من أن رب العمل قد فسخ العقد دون تقصير منه ، إذ هو (المقاول) قد قام بما التزم به من استحضار العمال وأدوات البناء وشيد جزءاً من البناء ، وأن رب العمل امتنع عن تنفيذ ما تعهد به من تقديم مواد البناء ، فضلا عن أنه استغنى عن عمله ووكل البناء إلى غيره دون إنذار سابق أو تكليف له بالوفاء ، وكان الحكم الاستئنافى ، إذ قضى بإلغاء الحكم الابتدائى واقتصر على القضاء للمقاول بأجر عما أتمه من بناء ، قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن العقد لم يرتب للمقاول فى ذمة رب العمل تعويضاً إذا امتنع أو تأخر فى تقديم مواد البناء ـ إن الحكم الاستئنافى إذ ند عن بحث أساس الدعوى على هذا النحو ، ولم يعن بالرد على ما أورده الحكم الابتدائى من أسباب ، كان قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥ ص ٣٠) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا استخدم صاحب العمل الصانع أو المقاول لمدة معينة أو عقد المقاولة معه على العمل كله ، وجب عليه فى حالة إيقاف العمل أن يدفع جميع الربح الذى كان ينتج للمقاول أو الصانع المذكور من تنفيذ العمل (استئناف =

العمل مثلا بناء عمارة من عشرة أدوار وقدر له أجر ثلاثين ألفاً ، وتحلل رب العمل من العقد بعد بناء خمسة أدوار ، فإن المقاول يرجع بالنفقات الفعلية التى صرفها فى بناء خمسة الأدوار على الوجه الذى قدمناه . ثم يحسب ما كان يستطيع أن يكسبه لو أنه أتم العمل ، فإذا كان مثلا ١٠٪ من الأجر المقدر[١] ، فإن ما يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل يكون ثلاثة آلاف . فيرجع أيضاً بهذا المبلغ على رب العمل ، إذ هو الكسب الذى فات المقاول من جراء عدم إكمال العمارة إلى عشرة أدوار . وإذا كان أجر المقاولة مقدراً بسعر الوحدة ، فإن ربح كل وحدة يكون هو الفرق بين الأجر المقدر لها والنفقات الفعلية التى يصرفها فى صنعها ، ويكون مجموع الربح الذى فاته هو هذا الفرق مضاعفاً بمقدار عدد الوحدات التى كانت مقدرة بموجب التصميم .

٣ – بتعويض المقاول عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر أدبى من جراء منعه من إتمام العمل . ذلك أن المقاول قد تكون له مصلحة أدبية فى إتمام العمل ، كأن يكون عملا فنياً يفيد فى سمعته[٢] . فالنحات إذا منع من إتمام التمثال الذى كلف بنحته ، والمؤلف إذا منع من إتمام الكتاب الذى كلف بوضعه ، والمهندس إذا منع من بناء نموذجى وضع تصميمه ، كل هؤلاء قد ينالهم ضرر أدبى من جراء عدم إتمامهم للعمل ، فيرجعون بتعويض على رب العمل عن هذا الضرر .

(ثالثا) تقول الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى كما رأينا : « على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين عليها بوجه خاص أن

= وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ١٤٨ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ .

(١) باعتبار أنه هو الفرق ما بين الأجر المقدر والنفقات الفعلية التى كان يصرفها فى بناء عشرة أدوار محسوبة على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فى بناء الخمسة الأدوار .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٠٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٧ ص ١٧٩ – داڤيد رسالته فى عقد الاستصناع ص ١٧١ – محمد لبيب شنب فقرة ١٥٧ ص١٩٥– ص ١٩٦ – إكس ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٣ – ٢ – ٢٩٥ – دويه ١٩ نوفبر سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٩ ص ٤٦٥ – ڤارن دى پاچ ٤ فقرة ٩١٥ ص ٩٤٦ .

تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر » . وهذا كما قدمنا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب . مثل ذلك أن يتضح ، بعد أن وقف المقاول تنفيذ العمل وحسب الربح الذى فاته على أساس النفقات الفعلية التى صرفها فيما أتمه من العمل ، أنه لو أتم العمل لكلفه الباقى منه نفقات أكبر لارتفاع أسعار المواد الأولية وأجور العمال ، ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يخفض مقدار الربح الذى فات المقاول بما يتناسب مع ما ظهر من ارتفاع الأسعار والأجور. وإذا كان يجوز تخفيض التعويض فى هذه الحالة ، فإنه يتعين تخفيضه فى حالتين أخريين . الحالة الأولى هى مايكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد ، وهذا بديهى فإنه لا يرجع إلا بمقدار ما أنفقه فعلا ، فإذا اقتصد شيئاً ولم ينفقه بسبب تحلل رب العمل من العقد ، فإنه لايرجع به[1]. والحالة الثانية هى ما يكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر. فقد أتاح له عدم إتمام العمل فسحة من الوقت يصح أن يكون قد استخدمها فى عمل آخر در عليه ربحاً ، فيجب استنزال هذا الربح من الكسب الذى فاته . وليس من الضرورى أن يكون قد استخدم وقته فعلا فى عمل آخر ، بل يكفى أن يكون قد أتيحت له فرصة فى استخدامه ولم يغتنمها ، فإنه يكون بتقصيره قد أضاع على نفسه هذا الكسب[2] .

المبحث الثانى

موت المقاول

١٤٣ — نصوص قانونية : تنص المادة ٦٦٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) ويخفض التعويض أيضاً على أساس أن المقاول بعدم إنجازه بقية العمل لم يصبح مسئولا عن ضمان ما لم ينجزه منه (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٩١) .

(٢) وليس فى التقنين المدنى الفرنسى نص يماثل المادة ٦٦٣/٢ مدنى مصرى ، ولذلك يذهب الفقه الفرنسى إلى عدم جواز خصم ما كسبه المقاول أو ما كان يستطيع كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر (هيك ١٠ فقرة ٤٣٠ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٠٢) .

« ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار ، فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ولايجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ ، إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل » .

وتنص المادة ٦٦٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات » .

٢ « ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا » .

« ٣ – وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه »(١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٦٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٧ من المشروع التمهيدى ، وكان المشروع يتضمن فقرات أربعاً ، الفقرة الأولى تتفق مع النص على الوجه الذى استقر به فى التقنين المدنى الجديد ، أما الفقرات الثلاث التالية فكانت تجرى على الوجه الآتى : « ٢ – وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن أو مع أحد المهندسين أو مع أحد مهندسى المعمار أو مع أحد مماثل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة . ٣ – وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك . ٤ – وفى سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق ، لا صفات المقاول الشخصية ، هى التى كانت محل الاعتبار الأول فى التعاقد » . وفى لجنة المراجعة أدخلت على الفقرة الأولى تعديلات لفظية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وحذفت الفقرات الثلاث الأخيرة « لعدم الحاجة إليها » ، وأصبح رقم المادة ٦٩٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٣ – ص ٦٥) .

م ٦٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ٨٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له فى جملتها ، إذا وردت المقاولة على بناء عقار أو غير =

وتقابل النصوص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤١١/٥٠٢ – ٥٠٣(١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٣٢ – ٦٣٣ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٦٥ – ٦٦٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٨٨ – ٨٨٩ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٤٣ وم ٦٧٤(٢).

= ذلك من الأعمال الكبيرة » . فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٥ – ص ٦٧) .

(١) التقنين المدنى القديم م ٤١١/٥٠٢ – ٥٠٣ : ينفسخ استئجار الصانع بموته أو بحادثة قهرية منعته عن العمل . وفى هذه الحالة على صاحب العمل أن يأخذ ما ينفعه مما استحضره الصانع من المهمات بما اشتراه به الصانع من الثمن . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٢ – ٦٣٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٥ – ٦٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٨٨ : ١ – تنتهى المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء ذاته ، ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير حالة تطبيق المادة ٨٨٥ إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . ٢ – وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار فى التعاقد إذا أبرم العقد مع فنان أو مهندس أو معمارى أو مع غيرهم ممن يزاولون مهنة حرة أخرى . وتفترض هذه الصفة فى العقود التى تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضى بغير ذلك . وفى سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة فى أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق ، لا صفات المقاول الشخصية ، هى التى كانت محل الاعتبار الأول فى التعاقد .

م ٨٨٩ : ١ – إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات . وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له فى جملتها إذا كان موضوع المقاولة تشييد مبان أو إنشاء أعمال كبيرة أخرى . ٢ – ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا . ٣ – وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل فيه لإرادته .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ونصوص التقنين الأول تطابق نصوص المشروع التمهيدى من التقنين الثانى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٤٣ : تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة ... (ثالثاً) =

١٤٤ — موت رب العمل وموت المقاول : ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن موت المقاول ينهى فى بعض الحالات عقد المقاولة ، أما موت رب العمل فلم تعرض له النصوص . فنستعرض كلا من الفرضين .

١٤٥ — موت رب العمل : لم تعرض النصوص كما قدمنا لموت رب العمل ، فلا يبقى إلا تطبيق القواعد العامة . ولما كانت شخصية رب العمل ليست فى العادة محل اعتبار فى عقد المقاولة ، فإن موت رب العمل لا ينهى المقاولة ، بل يبقى العقد قائماً ما بين المقاول وورثة رب العمل وقد حلوا محله . فيبقى هؤلاء مرتبطين بعقد مورثهم ، لهم كل حقوقه وعليهم كل التزاماته ، وذلك دون نظر لما إذا كانت المقاولة مفيدة للورثة فائدتها للمورث ، ودون نظر لما إذا كان الورثة يستنسبون العمل محل المقاولة . فقد يكون هذا العمل بناء عمارة كبيرة ، وتكون ورثة رب العمل لا يرغبون فى استثمار أموال التركة فى مثل هذه العمارة ، أو يؤثرون اقتسام هذه الأموال ، ومع ذلك يبقون ملتزمين بدفع الأجر كاملا للمقاول ، ولهم الحق فى أن يطلبوا منه إنجاز العمل وتسليمه وضمانه[١] .

وبديهى أن التزامهم بدفع الأجر للمقاول يكون فى حدود أموال التركة ومن هذه الأموال ، ويصبحون بعد إقامة العمارة مالكين لها فى الشيوع كل بقدر حصته فى التركة .

وإنما يجوز لورثة رب العمل ما كان يجوز لرب العمل نفسه لو أنه كان حياً ، وهو أن يتحللوا من المقاولة قبل إتمامها طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣ مدنى

= باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة أو لوفاة المستخدم أو المستصنع . وتراعى فى هذه الحالة الأخيرة الأحكام الاستثنائية المنصوص عليها فى القانون . ولا تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة بوفاة السيد أو المولى .

م ٦٧٤ : إذا انقطع العمل لسبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين ، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذى أتمه ، مع الاحتفاظ بتطبيق المادة ٦٧١ المتعلقة بهلاك المواد التى قدمها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، وإن كانت لم تشترط أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد ، ولم تذكر صراحة أن ما يقبضه ورثة المقاول من الأجرة المناسبة للعمل الذى تم يكون على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب) .

(١) بلانيول وريبير وروواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٥ — بيزوس ص ١٦٢ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٣ .

التى تقدم بيانها ، على أن يدفعوا للمقاول من أموال التركة جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . وذلك طبقاً لما فصلناه من القواعد فيما تقدم ، وبخاصة يجب أن يكون القرار الصادر منهم بالتحلل من المقاولة صادراً ممن يملك ثلاثة أرباع التركة مستندين فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الورثة ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان ، وللمحكمة أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التحلل من المقاولة واجباً[١].

١٤٦ — موت المقاول ويلحق به أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه — حالتان : والفرض الثانى هو أن يموت المقاول . ويلحق بموت المقاول أن يصبح عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه ، كأن يصاب بما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه . فإذا كان رساماً وقطعت يده التى يرسم بها أو فقد بصره ، أو كان العمل إجراء عملية جراحية عاجلة وأصيب الجراح بمرض مفاجئ أقعده عن إجراء العملية ، فقد قدمنا أن المقاولة تنفسخ كما كانت تنفسخ بموت المقاول ، ويأخذ العجز عن العمل حكم الموت[٢]. وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٦ مدنى سالفة الذكر على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وتسرى هذه الأحكام أيضاً إذا بدأ المقاول فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه » . ويستوى أن يكون المقاول قد بدأ فى تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً ، أو أصبح عاجزاً بعد إبرام المقاولة وقبل البدء فى تنفيذ العمل . ونكتفى هنا بأن نذكر موت المقاول ، فيكون عجزه عن تنفيذ العمل ملحقاً بموته فيما سنعرض له من الأحكام[٣].

ويجب التمييز عند موت المقاول بين حالتين : (الحالة الأولى) أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . (الحالة الثانية) ألا تكون هذه المؤهلات محل اعتبار[٤].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٣) مع ملاحظة أنه فى حالة موت المقاول يرد رب العمل النفقات التى صرفها المقاول لورثته ، أما فى حالة العجز عن العمل فالنفقات ترد إلى المقاول نفسه .

(٤) وهذا التمييز لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى ، فإن المادة ١٧٩٥ من هذا التقنين =

١٤٧ — الحالة الأولى — مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد : تقول المادة ٦٦٦ مدني في صدرها كما رأينا : « ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد » . والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل صفات المقاول الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل . فيدخل في المؤهلات الشخصية سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة ، وتخصصه في نوع العمل محل المقاولة وما حصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص وما قام به قبلاً من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه[1] .

والبت فيما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى . وقد أورد المشروع التمهيدي للمادة ٦٦٦ مدني فقرات ثلاثاً تلقي ضوءاً على هذه المسألة الموضوعية ، وقد حذفت هذه الفقرات في لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها » ، ونوردها هنا للاستئناس بها : « ٢ — وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع أحد رجال الفن ، أومع أحد المهندسين ، أومع أحدمهندسي المعمار ، أومع أحد مماثل لهؤلاء من الأشخاص الذين يزاولون مهنة حرة — ٣ — وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع ، إلا إذا كان هناك دليل أوعرف يقضي بغير ذلك ٤ — وفي سائر الأحوال الأخرى ، وبخاصة أعمال المقاولات الكبيرة ، يكون المفروض أن المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق ، لاصفات المقاول الشخصية ، هي التي كانت محل الاعتبار في التعاقد[2] . ويستخلص من هذه النصوص أن رجال الفن

= ينهي المقاولة بموت المقاول دون تمييز بين ما إذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد أو كانت غير محل اعتبار . ولكن القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها (بودري وفال ٢ فقرة ٤٠٧٥ — أوبري ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٥ — ص١٧٦ — كولان وكابيتان ودي لاموranديير ٢ فقرة ١١١٣ — وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٩٤ : موت المقاول إنما ينهي عقد المقاولة إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار) .

(١) انظر محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٣ — ص ٦٤ — وانظر آنفاً فقرة ١٤٣ في الهامش .

كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمغنين ، وأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين والمحاسبين ، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . أما العمال والصناع ، كالنقاشين والسباكين والنجارين والحدادين ، فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هى محل اعتبار فى التعاقد، إلا إذا قام دليل أو عرف يقضى بغير ذلك ، كأن كان العمل محل المقاولة عملا بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص فى الحرفة ، فعندئذ لا تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد . وأما المقاولات الكبرى ، كالعمارات والمدارس والمستشفيات ، فهذه يقوم بها عادة مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر ما يعتمدون على ما توافر عندهم من مهندسين فنيين وأدوات ومعدات ورؤوس أموال بحيث تكون العبرة ، لا بصفات المقاول الشخصية ، بل بالمكانة التى وصل إليها اسم المقاول فى السوق . فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية فى الغالب محل اعتبار فى التعاقد . فإذا مات المقاول فإن أعماله تنتقل عادة إلى بعض من ورثته ممن كانوا يعملون معه ، فيستطيعون بنفس المهندسين والأدوات والمعدات ورؤوس الأموال أن يستمروا فى تنفيذ المقاولات التى يكون المورث قد عقدها قبل موته[1] .

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، ومات المقاول ، فإن عقد المقاولة ينتهى من تلقاء نفسه بحكم القانون بمجرد موت المقاول ، دون حاجة لفسخه لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول[2] . ويفهم ذلك بطريق الدلالة العكسية ، حيث تقول المادة ٦٦٦ مدنى سالفة الذكر فى الحالة التى لا تكون فيها مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد : « لا ينتهى العقد من تلقاء نفسه » .

---

(١) وهناك من المقاولات الكبيرة — كالعمارات الضخمة والجسور والخزانات والسدود والقناطر ومحطات الكهرباء — ما لا يقوم به عادة إلا الشركات الكبيرة . ولا محل هنا للكلام فى موت المقاول وإنما يكون البحث فى حل الشركة أو إفلاسها ، وفى هذه الحالة تتبع القواعد المقررة فى حل الشركات وتصفيتها (انظر بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٩٩٤) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ وهامش ١٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦ — عكس ذلك بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٧٨ — هيك ١٠ فقرة ٤٣١ .

فيستخلص من ذلك أنه حيث تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار فى التعاقد ، ينتهى العقد من تلقاء نفسه(١) . فالمقاولة تنفسخ من تلقاء نفسها فى هذه الحالة ، و لايستطيع ورثة المقاول أن يستمروا فى تنفيذها ، ولا يستطيع رب العمل أن يجبر الورثة على الاستمرار فى التنفيذ . وإذا أراد الطرفان المضى فى التنفيذ ، فلابد من عقد جديد بإيجاب وقبول جديدين بين رب العمل والورثة ، ويكون تاريخ العقد من وقت الاتفاق الجديد لا من وقت المقاولة الأصلية(٢) .

وتنفسخ المقاولة بموت المقاول على الوجه الذى قدمناه ، سواء كان من قدم المادة التى استخدمت فى العمل هو رب العمل أو المقاول(٣) ، وسواء كانت المقاولة مقاولة أصلية أو مقاولة من الباطن(٤) ، وسواء كان الأجر جزافاً أو بسعر الوحدة ، وأيا كان محل المقاولة بناء كان أو منشآت ثابتة أخرى أو أو أى شىء آخر .

١٤٨ — الحالة الثانية — مؤهلات المقاول الشخصية ليست محل اعتبار فى التعاقد : ويكون ذلك كما قدمنا فى المقاولات التى يكون محلها عملا بسيطاً لا يقتضى مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أى شخص فى الحرفة ، وكذلك فى المقاولات الكبيرة التى يقوم بها مقاولون كبار لايعتمدون على

---

(١) محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥ — ويترتب على ذلك أن لورثة المقاول الحق فى التمسك بهذا الانقضاء (بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥)

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦ .

وإذا تعدد المقاولون وكانوا متضامنين ، فموت أحدهم لا ينهى المقاولة إلا بالنسبة إليه ويبقى العقد ملزماً للآخرين ، ما لم يكن مشترطاً اجتماعهم فى تنفيذ العمل (دللو فقرة ٣٤٩ ص ٢٧٩ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥) .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٧ — أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ وهامش ١٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٤ .

(٤) بودرى وفال ٢ فقرة ٤٠٧٧ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٨ — محمد لبيب شنب فقرة ١٥١ ص ١٨٥ — ويلاحظ أن موت المقاول الأصلى ينهى المقاولة الأصلية فتنتهى بانتهائها المقاولة من الباطن ، أما موت المقاول من الباطن فلا ينهى إلا المقاولة من الباطن وتبقى المقاولة الأصلية (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage d'ouv. et d'ind. فقرة ١٣٨) .

كفايتهم الفنية الشخصية بقدرما يعتمدون على من يستخدمون من موظفين فنيين وما عندهم من أدوات ومعدات ورؤوس أموال . فنى هذه الحالة تقول العبارة الأخيرة من المادة ٦٦٦ مدنى كما رأينا : « لاينتهى العقد من تلقاء نفسه ، ولا يجوز لرب العمل فسخه فى غير الحالات التى تطبق فيها المادة ٦٦٣ ، إلا إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ». ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز ، فى هذه الحالة الثانية ، بين صورتين :

(الصورة الأولى) إذا لم تتوافر فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . مثل ذلك ألا يوجد أحد من ورثة المقاول يحترف حرفته ، أو يكون هؤلاء ليس من شأنهم أن يبعثوا الطمأنينة وليسوا متوافرين على الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل . فنى هذه الصورة لاتنفسخ المقاولة من تلقاء نفسها ، ولكن يجوز لرب العمل طلب فسخها . والقاضى يقدر ما إذا كانت الورثة لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية فيحكم بفسخ العقد ، أو أن فيهم من الضمانات ما يكنى للمضى فى العمل وتنفيذه فيرفض طلب الفسخ . أما الورثة أنفسهم ، فإذا كانوا لا يحترفون حرفة مورثهم أوكانوا لا يطمئنون إلى قدرتهم على المضى فى العمل فإن لهم أيضاً ، إذا أصر رب العمل على التنفيذ ، أن يطلبوا من القاضى فسخ العقد ، ويكون للقاضى تقدير هذا الطلب فيحكم به أو يرفضه .

(الصورة الثانية) إذا توافرت فى ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ، بحيث لا يمكن أن يجاب إلى طلب الفسخ لا رب العمل ولا ورثة المقاول . فنى هذه الصورة يبقى عقد المقاولة قائماً بالرغم من موت المقاول ، ويكون الورثة ملزمين بالمضى فى العمل إلى أن ينجزوه ، وتنتقل إليهم حقوق مورثهم ، وكذلك تنتقل إليهم التزاماته فى حدود التركة . ولكن هذا لا يمنع رب العمل من استعمال حقه فى التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، طبقاً للأحكام المقررة فى المادة ٦٦٣ مدنى والتى سبق تفصيلها .

١٤٩ — ما يترتب على انتهاء المقاولة بموت المقاول : وإذا انتهت المقاولة بموت المقاول ، سواء انتهت من تلقاء نفسها لأنها قامت على اعتبار مؤهلات خاصة فى شخص المقاول أو انتهت عن طريق الفسخ بناء على طلب رب العمل أو على طلب الورثة لأن هؤلاء لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية

لحسن تنفيذ العمل ، فإن الالتزامات التى أنشأها عقد المقاولة فى جانب رب العمل أو فى جانب المقاول تنقضى بانتهاء العقد . فلا يعود الورثة ملزمين بالمضى فى العمل ، ولايعود رب العمل ملزماً بدفع الأجر .

ومن اليسير الوقوف عند ذلك لو أن موت المقاول وقع قبل أن يبدأ تنفيذ المقاولة ، فلايرجع أحد من المتعاقدين بشىء على الآخر ، إلا إذا كان رب العمل قد عجل شيئاً من الأجرة فإنه يسترده . ولكن الذى يحدث غالباً أن يكون المقاول قد بدأ تنفيذ المقاولة قبل موته ، فاشترى المادة اللازمة لاستخدامها فى العمل ، وبدأ العمل فعلا فى هذه المادة أو فى المادة التى يكون رب العمل قد قدمها ، فأنفق مصروفات وبذل جهداً ووقتاً حتى أنجز جزءاً من العمل أومهد لإنجازه . وهذا هوما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٦٧ مدنى إذ رأيناها تقول : « إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذى يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات» . فالنص كما نرى يطبق مبدأ الإثراء بلاسبب ، فيلزم رب العمل عند انتهاء المقاولة على النحو الذى بسطناه بأن يرد لورثة المقاول أقل القيمتين ، قيمة ما أنفقه المقاول فى الأعمال التى أتمها أومهد لها وقيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال .

فإذا كان رب العمل هو الذى ورد القماش للخياط لصنع الثوب ، ففصله الخياط ومات قبل أن يخيطه ، استرد رب العمل من ورثة الخياط القماش المفصل ، ودفع لهم أجرة التفصيل ، ويستأنس فى تقديرها بالأجرة المتفق عليها لصنع الثوب كاملا فيدفع نسبة من هذه الأجرة بقدر مايقضى عرف الحرفة بأن تكون نسبة أجرة التفصيل إلى الأجرة الكاملة . وظاهر هنا أن رب العمل قد أفاد من عمل الخياط ، فإنه يستطيع أن يخيط الثوب بعد تفصيله عند خياط آخر . أما إذا كان رب العمل لم يفد من عمل المقاول ، أو أفاد منه فائدة أقل مما تكلف المقاول من مصروفات وجهد ووقت ، كأن كان المقاول لم ينجز من العمل شيئاً وإنما أنفق مصروفات للتمهيد لإنجازه ، وأعاد المقاول الذى تولى المضى فى المقاولة العمل من جديد أو أعاد الكثير منه كما تقضى أصول الصنعة ، فإن رب العمل فى هذه الحالة لايدفع لورثة المقاول الأول شيئاً أو يدفع لهم ما يعادل القدر المحدود الذى أفاده . مثل ذلك أن يعهد رب العمل إلى

مهندس فى وضع تصميم ، فبموت المهندس قبل أن يقطع شوطاً كبيراً فى إنجاز وضع التصميم بحيث يكون ماأنجزه منه غير ذى فائدة للمهندس الذى يأتى بعده ، ويضطر هذا لإعادة وضع التصميم كله من جديد ، فى هذه الحالة لا ترجع ورثة المهندس الأول بشيء على رب العمل لأنه لم يفد من عمل مورثهم شيئاً . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٧ مدنى يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الأعمال والنفقات نافعة له (لرب العمل) فى جملتها إذا وردت المقاولة على بناء عقار أو غير ذلك من الأعمال الكبيرة ». فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب حذفها(١) . وكان النص المحذوف يضع قرينة قانونية على نفع الأعمال والنفقات التى قام بها المقاول قبل موته فى مقاولات البناء والأعمال الكبيرة ، فلا يستطيع رب العمل رفضها بدعوى أنها غير نافعة له . وبعد حذف هذا النص أصبحت هذه القرينة قرينة قضائية بدلا من أن تكون قرينة قانونية ، وللقاضى تقدير ما إذا كان يأخذ بها أو لا يأخذ » (٢).

وإذا كان المقاول هو الذى ورد المادة ، كأن كانت المقاولة صنع أثاث فاشترى المقاول الخشب ووضع الرسوم اللازمة و صرف نفقات فى التمهيد للعمل وأنجز بعضاً منه ، فإن رب العمل يدفع لورثة المقاول قيمة الخشب والرسوم ويرد النفقات التى صرفت فى إنجاز العمل أو فى التمهيد لإنجازه وأجر المقاول عن الوقت الذى صرفه فى كل ذلك ، على أن يكون هذا كله فى حدود النفع الذى عاد على رب العمل من ذلك . وقد كانت القواعد العامة تقضى بأن المقاول لا يزال يملك ما بدأ فى صنعه من الأثاث لأنه هو الذى ورد المادة ، ولا تنتقل إلى رب العمل إلا عند تمام الصنع . وكان مقتضى هذا أنه يجوز للورثة ، وقد انتقلت إليهم الملكية من مورثهم ، أن يستبقوا ما بدأ هذا الأخير فى صنعه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٦ – وانظر آنفاً فقرة ١٤٣ فى الهامش .

(٢) وإذا غير رب العمل من مواصفات العمل بعد موت المقاول بحيث أصبح ما أنجزه المقاول من العمل بعد موته غير نافع ، فلا يعتد بذلك ، والعبرة بالمواصفات الأولى (لوران ٢٦ فقرة ٢٤ – جيوار ٢ فقرة ٨٠١ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٨٠) . ولكن العمل يعتبر غير نافع إذا لم يستطع رب العمل بعد موت المقاول أن يجد مقاولا آخر يكمله ، فيضطر إلى تركه (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤٠٨٠ ص ١١٧١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦) .

لأنفسهم على ألا يرجعوا بشيء على رب العمل وعلى أن يردوا ما يكون قد عجله من الأجر(١). ولكن الفقرة الثانية من المادة ٦٦٧ مدنى تقول كما رأينا : « ويجوز لرب العمل فى نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التى تم إعدادها والرسوم التى بدئ فى تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلا » . فجاء هذا النص بحكم يخرج على القواعد العامة ، ويجيز لرب العمل أن يجبر الورثة ، بعد أن يدفع لهم التعويض العادل على النحو الذى بيناه ، على أن يسلموا له المواد التى تم إعدادها من الأثاث والرسوم التى بدئ فى تنفيذها(٢) .

١٥٠ — مقارنة بين أحوال ثلاث فى التحلل من المقاولة : رأينا مما تقدم أن لرب العمل أن يتحلل من المقاولة قبل إنجاز العمل فى أحوال ثلاث :
(١) عندما يتحلل من المقاولة بإرادته المنفردة قبل إتمام العمل (م٦٦٣ مدنى) .
(٢) عندما يبرم المقاولة بمقتضى مقايسة على أساس سعر الوحدة وتثبت ضرورة مجاوزة المقدر فى المقايسة مجاوزة جسيمة ، فقد قدمنا أنه يجوز لرب العمل فى هذه الحالة « أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م٦٥٧ مدنى) .
(٣) عندما يموت المقاول فتنتهى بموته المقاولة أو تفسخ ، وهى الحالة التى نحن بصددها .

ففى الحالة الأولى — تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة — يجب على رب العمل تعويض المقاول تعويضاً كاملا ، فيعوضه عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب . والسبب فى ذلك أنه تحلل من المقاولة بمحض مشيئته ، فوجب عليه التعويض الكامل .

وفى الحالة الثانية — تحلل رب العمل من المقاولة للمجاوزة الجسيمة — يكون التعويض أقل منه فى الحالة الأولى ، إذ أن رب العمل لا يعوض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . والسبب فى ذلك واضح ، إذ هو فى

---

(١) وهذا هو الحكم فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يقابل المادة ٢/٦٦٧ مدنى مصرى (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٧٤ ص ٤٠٤ هامش ١٤ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٣٦ ص ١٧٦) .

(٢) محمد لبيب شنب فقرة ١٥٢ ص ١٨٧ — ص ١٨٨ .

هذه الحالة لا يتحلل من العقد بمحض مشيئته كما يفعل فى الحالة الأولى ، بل هو مضطر إلى التحلل من المقاولة نظراً لمجاوزة المقايسة مجاوزة جسيمة وما ينجم عن ذلك من إرهاق له .

وفى الحالة الثالثة — انقضاء المقاولة أو فسخها لموت المقاول — نجد أن التعويض أقل مما هو فى الحالتين السابقتين ، إذ يدفع رب العمل لورثة المقاول أقل القيمتين ، قيمة ما أنفق المقاول وقيمة ما أفاد هو . فهنا لم يتحلل من العقد بمحض مشيئته ، كما فعـــل فى الحالة الأولى فكانت مسئوليته كاملة وكان التعويض كاملا . ولم يتحلل من المقاولة بسبب المجاوزة الجسيمة للتكاليف ، كما فعل فى الحالة الثانية فكانت مسئوليته غير كاملة وكان التعويض ناقصاً . ولكنه تحلل من المقاولة لسبب لا يد له فيه ، فلا مسئولية عليه ، ولذلك لا يدفع تعويضاً إلا على أساس مبدأ الإثراء بلا سبب .

الباب الثانى

بعض أنواع المقاولات

الفصل الأول

التزام المرافق العامة(*)

١٥١ — التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين الملتزم والعميل : يجب التمييز بين عقد التزام المرفق العام والعقد بين ملتزم المرفق العام والعميل ، إذ أن العقد الأول يدخل فى مباحث القانون الإدارى ولاشأن لنا به هنا إلا من حيث اتصاله بالعقد الثانى ، أما العقد الثانى فيدخل فى مباحث القانون المدنى إذا كيف على أنه عقد مدنى كما سيأتى .

وعقد التزام المرفق العام هو العقد الذى تبرمه جهة الإدارة مع إحدى الشركات أو الأفراد لإدارة مرفق عام واستغلاله بشروط معينة تذكر فى عقد الالتزام . وهوطريق من طرق إدارة المرافق العامة كما سيجىء . وجهة الإدارة تعتبر فى حكم رب العمل ، ويعتبر الملتزم فى حكم المقاول ، ولكن هذه المقاولة هى كما قدمنا من مباحث القانون الإدارى .

أما العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل ، وهو الذى يعنينا هنا ، فإنه عقد يبرم بين ملتزم المرفق العام — كشركة سكك حديدية أوشركة نور أو غاز أو مياه — وبين أحد المستهلكين لهذا المرفق كمسافر بقطار السكة الحديدية أو

(*) مراجع : توفيق شحاته فى التزام المرافق العامة رسالة بالفرنسية من القاهرة سنة ١٩٤١ — محمد فؤاد مهنا فى القانون الإدارى المصرى الجزء الأول فى المرافق العامة سنة ١٩٥٢ — ڤالين (Waline) فى القانون الإدارى الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٠ — بونار (Bonnard) فى القانون الإدارى سنة ١٩٣٥ — رولان (Rolland) فى القانون الإدارى الطبعة التاسعة سنة ١٩٤٧ .

مشترك فى النور أو الغاز أو المياه ، فيكون هذا المستهلك عميلا للشركة . والعقد هنا أيضاً عقد مقاولة[1] ، ولكنه على خلاف عقد التزام المرفق العام من مقاولات القانون المدنى لا من مقاولات القانون الإدارى .

« وقد أصبحت العلاقات التى تقوم فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة بين المقاول وعملائه – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى – من الأهمية بمكان ، نظراً لاتساع العمران وانتشار المدن الكبيرة فى الوقت الحاضر ، وصار من الضرورى أن يعرض التقنين المدنى لهذا النوع من المقاولات فيورد بعض الأحكام الخاصة به ، كما فعل بالنسبة للمقاولات الصغيرة والكبيرة . بل إن الحاجة إلى التنظيم فى هذا النوع من المقاولات أشد منها فى الفرعين السابقين ، إذا راعينا أن موقف الجمهور ضعيف إزاء الشركات الكبرى التى تتولى استغلال المرافق العامة ، مما دعا إلى تدخل السلطة العامة لحماية المنتفعين بها . وقد ازداد هذا التدخل على مرور الزمن . فأصبحت السلطات العامة تتولى بنفسها إدارة بعض المرافق اللازمة لحياة الجمهور ، أو تجيز للأفراد استغلالها بمقتضى عقد التزام مع احتفاظها بحق الرقابة والتنظيم . وهكذا وجدت ، إلى جانب المرافق التى يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها ، وأخرى تتولى تنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها » .

« ومن الثابت أن تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدنى ، بالتقنين الإدارى ، ولابد من إصدار تشريع خاص ينظم الناحية الإدارية منه ، ويحدد على الأخص موقف السلطة العامة قبل المقاول الذى تمنحه استغلال مرفق عام . والمشروع لايتعرض بداهة إلا للناحية المدنية من هذه المقاولات . والمبادئ التى يقررها فى هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التى بدت فى القضاء المصرى الذى حاول بقدر الإمكان ، عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة ، سد الفراغ الموجود فى التقنين الحالى (القديم) ، وتنظيم العلاقات بين ملتزمى المرافق العامة والمنتفعين بها . كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التى يمكن أن تنسجم مع التقنين الإدارى المصرى الذى يرجى له عن طريق التشريع كثير من التطور فى المستقبل

(١) انظر آنفاً فقرة ٣ .

القريب . وقد استند المشروع فى تقريره للأحكام التى أخذ بها إلى بعض الحقائق الثابتة ، وعلى الأخص إلى وجود مرافق عامة أجازت السلطة العامة للأفراد استغلالها بمقتضى عقود التزام تضمنها شروطا لتنظيم علاقة الملتزم بعملائه ، وإلى أن من المجمع عليه الآن فى القضاء المصرى والفرنسى وقضاء معظم البلاد الأجنبية أن هذه الشروط ملزمة للفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هى ملزمة للعملاء . وقد حاولوا تبرير هذه القوة الإلزامية فى أول الأمر عن طريق الالتجاء إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير (محكمة الاستئناف المختلطة ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ ب ٦ ص ٣٩٩ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ ب ٧ ص ٤٦) ، ولكن من المتفق عليه الآن أن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع إلى ما لها من طبيعة اللائحة الإدارية . والأحكام التى أوردها المشروع فى هذا الفرع إنما تبنى على هذه الحقائق الثابتة والنتائج القانونية المترتبة عليها . وهى تكسب المبادئ العامة فى التقنين المدنى شيئاً من المرونة حتى تتمشى مع هذه الحقائق . وعلى هذا النحو يصل هذا الفرع من المشروع بين التقنين الإدارى الناشئ والأسس العامة فى التقنين المدنى ، كما هو الحال بالنسبة للفصل الخاص بعقد العمل فهو يصل بين التشريع الصناعى الذى لا يزال فى بداية عهده فى مصر والأساس القانونى العام فى التقنين المدنى»[1] .

ولما عرضت النصوص المتعلقة بالتزام المرافق العامة على لجنة مجلس الشيوخ ، تقدم للجنة اقتراح بحذف هذا الموضوع « لأن محله الطبيعى القانون الإدارى ، ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الإدارى ، ولأن تعيين هذا الالتزام يتطلب توفير الانسجام مع التقنين الإدارى المصرى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين بالملتزم ، وهذا الجانب مدنى الصبغة . وقد استقر قضاء المحاكم المصرية على خضوع الجانب المتقدم ذكره لقواعد القانون المدنى (انظر على سبيل المثال استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . هذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة إلى جعل القضاء الإدارى مختصاً دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٨ — ص ٦٩ .

المرافق العامة ، وإنما جعل اختصاص القضاء العادى قائماً وجعل الخيار للأفراد فى الالتجاء إلى الجهة التى يؤثرونها . والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الإدارى ، وإنما هى تضع نظاماً سيعين القضاء على حل كثير من المشاكل التى يجوز أن تكون محلا لاختلاف الرأى والتقدير»(٢) .

ولما كان العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل يتصل اتصالا وثيقاً ، كما قدمنا ، بفكرة المرفق العام وإدارته عن طريق الالتزام ، لذلك نعقد مبحثاً تمهيدياً يتناول فى عرض سريع هذه المسألة إذ هى من مباحث القانون الإدارى كما سبق القول ، ثم نعقد مبحثاً آخر نعرض فيه للعقد بين ملتزم المرفق العام والعميل .

المبحث الأول

المرفق العام وطرق إدارته — عقد التزام المرفق العام

§ ١ — المرفق العام

١٥٢ — **المرفق العام وخصائصه** : المرفق العام مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه وتشرف على إدارته ، ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام . مثل ذلك مرافق الدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ، ومثل ذلك أيضاً مرافق المياه والنور والغاز والمواصلات والتموين والرى . وللمرفق العام خصائص ثلاث :

أولا — يجب أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا نفع عام ، كتوفير خدمات عامة أو سد حاجات عامة . فإن لم يكن ذا نفع عام ، وإنما كان لمصلحة خاصة ، فإنه لا يكون مرفقاً عاماً بل يكون مرفقاً مدنياً ، حتى لو أدارته الدولة . فإدارة الدولة لأملاكها الخاصة لا تعتبر إدارة لمرفق عام ، لأن أملاك الدولة الخاصة ليست ذات نفع عام .

ثانيا — يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٦٩ — ص ٧٠ .

الربح ، وإذا كانت إدارة المرفق العام تدر فى بعض الأحوال ربحاً ، فإن ذلك إنما يأتى عرضاً وكغرض ثانوى ، أما الغرض الأساسى فهو توفير الخدمات العامة أو سد الحاجات العامة . فالمرافق الاقتصادية لا تكون مجانية ، بل هى بمقابل يدفعه المستهلكون فى صورة رسوم . ولكن الدولة أرادت بفرض هذه الرسوم ، لا جنى ربح تجارى ، بل تحميل نفقات المرفق لمستهلكيه بالذات ، ولو جعلته مجانياً لتحمل نفقاته دافعو الضرائب ، وليس من العدل فى المرافق الاقتصادية أن يتحمل نفقاتها دافعو الضرائب ولو كانوا من غير المستهلكين . فإذا قصدت الدولة من إدارة مشروع أن تجنى منه ربحاً — كاحتكار الحكومة الفرنسية للدخان — لما كان المشروع مرفقاً عاماً .

ثالثاً — يجب أن يدير المرفق العام أو ينظمه ويشرف على إدارته جهة إدارية . فالمشروع الذى تديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقاً عاماً ولو كان ذا نفع عام ، كما هى الحال فى الجمعيات الخيرية والمدارس الحرة والمستشفيات الخاصة . وكذلك العكس صحيح ، كما قدمنا ، فلا يكون المشروع الذى تديره الدولة مرفقاً عاماً إذا لم يكن ذا نفع عام . والجهات الإدارية التى تدير المرافق العامة أو تنظمها وتشرف على إدارتها إما أن تكون الدولة وما يتفرع عنها من مؤسسات عامة[1] ، وإما أن تكون أشخاصاً إدارية محلية وهى مجالس المحافظات والمدن والقرى .

١٥٣ — أقسام المرافق العامة : يمكن تقسيم المرافق العامة تقسيمين مختلفين :

(التقسيم الأول) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق قومية ومرافق إقليمية وبلدية . فالمرافق القومية مرافق تؤدى الخدمات العامة أو تسد الحاجات العامة لجميع السكان دون أن تحصر فى إقليم معين . فمرافق الدفاع والأمن والعدالة والمواصلات القومية والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية ، كل هذه مرافق

---

(١) انظر فى أن صفة المرفق العام تثبت للنشاط المصرفى وعمليات التأمين بعد تأميم البنوك وشركات التأمين بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ، وكذلك تثبت هذه الصفة للنقل البحرى بعد أن خرج رأس المال الخاص من هذا القطاع بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ ، وذلك برغم إسناد أوجه النشاط هذه إلى شركات مساهمة : أكثم أمين الخولى فى مقاله حول تطور تشريعات القطاع العام فى مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة السادسة سنة ١٩٦٢ العدد الثالث ص ١٤٧ — ص ١٤٨ .

قومية تمتد إلى جميع أنحاء البلاد ، ولا يختص بها إقليم دون إقليم . أما المرافق الإقليمية والبلدية فيختص بها إقليم معين أوبلد معين ، وأهم هذه المرافق النور والغاز والكهرباء والماء والمواصلات المحلية من ترام وأوتوبيس وغيرها ، وهذه تكون عادة مرافق إقليمية وبلدية تقوم بها مجالس المحافظات والمدن والقرى .

(التقسيم الثانى) تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق إدارية بحتة ومرافق اقتصادية . وهذا هو التقسيم الأهم ، وتظهر أهمية هذا التقسيم فى طرق إدارة المرفق ، فالمرافق الاقتصادية تتسع لجميع الطرق التى سيأتى بيانها ، أما المرافق الإدارية البحتة فتدار بطريق الإدارة المباشرة (Régie) .

والمرافق الإدارية البحتة هى المرافق التى تؤدى خدمات عامة غير ذات صفة اقتصادية . وهذه هى المرافق التى كانت الدولة تقتصر عليها فى الماضى ، قبل أن تنشط حركة تدخلها فى النواحى الاقتصادية تحت تأثير المذاهب الاشتراكية . وأهم هذه المرافق الإدارية البحتة هى مرفق الدفاع ومرفق الأمن ومرفق العدالة ومرفق الصحة ومرفق التعليم : وأكثر ماتكون هذه المرافق مرافق قومية .

أما المرافق الاقتصادية فهى مرافق تسد حاجات عامة ذات صفة اقتصادية ، فهى مرافق صناعية وتجارية ومرافق للتوجيه المهنى والاقتصادى . وبعض هذه المرافق مرافق إقليمية وبلدية ، كتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز ووسائل النقل المحلية . وبعضها مرافق قومية ، كالسكك الحديدية والطيران والملاحة والبنوك والتأمين والتجارة الخارجية . والمرافق الاقتصادية فى تزايد مضطرد وتطور سريع ، وبخاصة فى أعقاب الحرب العالمية الأولى ، وقد ازدادت كثيراً بعد الحرب العالمية الثانية ، وأصبحت الدولة تتوغل فى النشاط الاقتصادى على وجه غير معهود . وعزز ذلك فى مصر حركة التأميم ، مذ أصبح النشاط الفردى فى الأيام الأخيرة عرضة فى كثير من الأحوال للتأميم والانتقال من القطاع الخاص إلى القطاع العام . فقد أمم كثير من الشركات الصناعية والتجارية ، وجميع البنوك وشركات التأمين ، والأدوية الطبية ، والمخابز ، والصحف .

١٥٤ — النظام القانونى للمرافق العامة : وللمرافق العامة نظام قانونى يقوم على المبادئ الآتية ، وهى كلها مبادئ تقتضيها طبيعة المرفق العام[1] :

أولا — يجب أن يكفل للمرفق العام الدوام والاستقرار . ويكون ذلك بأن يتوافر فيه : (١) الاستمرار (continuité) : (٢) والانتظام (régularité) — (٣) ومسايرة التطور (adaptation à l'èvolution) . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا.

ثانياً — يجب أن تكفل المساواة التامة أمام المرافق العامة ، فتكون فرص الانتفاع بالمرفق العام أمام جميع المستهلكين متكافئة ، ولا يمتاز مستهلك على مستهلك آخر .

ثالثا — يجب أن يكون المرفق العام فى متناول من يحتاج إليه ، فلا يحرم منه لعلو سعره . والمرافق الإدارية البحتة . تكون عادة مجانية فهى فى متناول الجميع ، كمرافق الدفاع والأمن ، وإذا اقتضى أجر عليها فهو أجر يلاحظ ألا يكون فيه عنت كالرسوم القضائية والمصروفات المدرسية ونفقات العلاج والأدوية فى المستشفيات . أما المرافق الاقتصادية ، فهذه تكون بمقابل يدفعه المنتفع فى صورة رسوم كما سبق القول . وسنرى أن الجهة الإدارية تبسط رقابة شديدة على أسعار المرافق الاقتصادية ، وتراعى فى ذلك ألا تكون مرهقة للمستهلكين .

رابعا — تسرى على المرافق العامة قواعد خاصة بها ، ليست هى قواعد القانون المدنى بل قواعد القانون الإدارى . فتنظم هذه القواعد الخاصة مركز عمال المرافق ، وهذا المركز ليس مركزاً تعاقدياً بل هو مركز تنظيمى . وتنظم أيضاً الأحوال المخصصة لسير المرافق ، فلا تكون أموالا خاصة بل أموالا عامة . وتنظم كذلك الأعمال والعقود اللازمة لإدارة المرافق ، فتكون الأعمال أوامر إدارية وتكون العقود عقوداً إدارية ، ولهذه وتلك قواعد إدارية تختلف عن قواعد القانون المدنى . وتنظم أخيراً علاقة المرافق بالمنتفعين بالجمهور بوجه عام ، فتعين حقوق المنتفعين وواجباتهم ، وترسم شروط مسئولية المرافق عن أعمالها الضارة بالغير . وتخضع المرافق العامة عادة لولاية القضاء الإدارى دون ولاية القضاء العادى .

---

(١) رولان فقرة ٢٣ .

والمبادئ الثلاثة الأولى تسرى حتما على جميع المرافق ، إدارية كانت أو اقتصادية ، وذلك دون حاجة إلى نص تشريعى ، بل هذا تطبيق للمبادئ العامة فى القانون الإدارى حتى لو لم يوجد هذا النص . أما المبدأ الرابع فيسرى بصفة حتمية على المرافق الإدارية . أما المرافق الاقتصادية فقد اتسع نطاقها كما سبق القول ، ودخل فى نطاق القطاع العام كثير من أوجه النشاط التى كانت قبلا محصورة فى نطاق القطاع الخاص ، فوجب فى بعض الحالات استبقاء قواعد القانون المدنى وقواعد القانون التجارى لأنها أكثر ملاءمة لطبيعة النشاط فى بعض هذه المرافق .

§ ٢ – طرق إدارة المرفق العام

١٥٥ – طرق خمس: يسلك الشخص الإدارى الذى أنشأ المرفق العام ، سواء كان هذا الشخص الإدارى هو الدولة فيكون المرفق قومياً أو كان شخصاً إدارياً محلياً فيكون المرفق إقليمياً أو بلدياً ، إحدى طرق خمس لاستغلال هذا المرفق وإدارته . وتتدرج هذه الطرق الخمس من ناحية تحمل تبعات الاستغلال المالى للمرفق تدرجاً ملحوظاً . فأقصى درجة لتحمل هذه التبعات ، بحيث يتحمل الشخص الإدارى كل الخسائر كما يستأثر بكل الأرباح ، هى طريقة الإدارة المباشرة أو الريجى (régie) . ويماثلها فى تحمل التبعات المالية طريقة الإدارة بواسطة مؤسسة عامة (établissement public) ، فالمؤسسة العامة التى تدير المرفق تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . ويلى ذلك الإدارة بطريق الريجى غير المباشر (régie intéressée) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة باستغلال المرفق وإدارته فى مقابل عوض معلوم ، وتبقى الإدارة هى التى تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . وتأتى بعد ذلك طريقة الاستغلال المختلط (économic mixte) ، وفيها تعهد السلطة الإدارية باستغلال المرفق وإدارته إلى شركة مختلطة تساهم فيها بمقدار معين من الأسهم ، وتترك بقية الأسهم يكتتب بها الأفراد أو الشركات الخاصة . وهذه الشركة المختلطة التى تساهم فيها السلطة الإدارية هى التى تقوم باستغلال المرفق وإدارته ، بحيث تتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . فتكون السلطة الإدارية ، عن طريق مساهمتها فى الشركة المختلطة ، قد ساهمت فى الخسارة وفى الربح ، دون أن

تتحمل الخسارة كلها أو تستأثر بالربح كله . وتأتى أخيراً طريقة الإدارة بمنح التزام المرفق العام (concession de service public) لفرد أو شركة ، فيقوم الملتزم باستغلال المرفق وإدارته طبقاً لشروط معينة تضعها السلطة الإدارية ، ويستأثر وحده بكل الربح كما يتحمل وحده كل الخسارة .

فهذه طرق خمس — الإدارة المباشرة أو الريجى والإدارة عن طريق المؤسسات العامة والإدارة بطريقة الريجى غير المباشر والإدارة بطريقة الاستغلال المختلط والإدارة بطريقة الالتزام — تتدرج تدرجاً ملحوظاً كما رأينا . ففى الطرق الثلاث الأولى تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة وتستأثر بكل الربح على تفاوت فى درجة اتصال هذه السلطة بإدارة المرفق ، وفى الطريقة الرابعة تساهم السلطة الإدارية فى الخسارة وفى الربح ، وفى الطريقة الخامسة لا تتحمل خسارة ولا تجنى ربحاً[1] .

---

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نصين فى هذا الموضوع . فكانت المادة ٩٠٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — تنقسم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، من حيث النظام المقرر لإدارتها ، إلى أنواع ثلاثة : (أ) مرافق يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة . (ب) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها وبإدارتها . (ج) مرافق تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها . ٢ — وتسرى على هذا النوع الأخير من المقاولات فيما يخص العلاقة ما بين المقاول وعملائه ، القواعد التى تسرى على النوع الأول منها . ٣ — أما النوع الثانى من هذه المقاولات ، فلا يجوز للأفراد استغلاله إلا بمقتضى عقد التزام . ٤ — ولا تختلف الروابط التعاقدية التى تنشأ بين مقاول المرفق العام وعملائه ، إذا كان هذا المقاول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المقاول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام » . وكانت المادة ٩٠٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « فى المرافق الحرة ، تظل العلاقة ما بين المقاول وعملائه خاضعة للقواعد العامة المتعلقة بالعقود » . وقد حذف النصان فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ — ص ٧٤ فى الهامش) .

ويبدو أنه يجب استبعاد المرافق التى يجرى استغلالها وفقاً لنظام النشاط الفردى والمنافسة الحرة ، وكذلك المرافق التى تقوم السلطة العامة بتنظيمها دون أن تتدخل فى إدارتها ، من نطاق المرافق العامة ، فقد قدمنا أن المرفق العام يجب أن تديره السلطة الإدارية بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر (انظر آنفاً فقرة ١٥٢) . ومثل هذه المرافق التى لا تعتبر مرافق عامة الفنادق والمطاعم والمقاهى والأندية العامة ودور التمثيل والسينما والملاهى والطباعة والنشر والصحافة (قبل أن تؤمم) .

فيبقى إذن النوع الثانى الوارد فى المادة ٩٠٤ سالفة الذكر ، وهو المرافق التى تقوم السلطة العامة بتنظيمها وإدارتها . وهذا النوع الثانى يجوز للسلطة الإدارية إدارته بطريق مباشر أى بطريق الريجى ، كما يجوز أن يكون استغلاله بموجب عقد التزام (concession) . ولم يذكر النص الطرق الأخرى لإدارة المرفق العام ، وهى المؤسسات العامة والريجى غير المباشر والاستغلال المختلط .

١٥٦ — الطريقة الأولى — الإدارة المباشرة أو الريجى (régie) : تقوم السلطة الإدارية فى هذه الطريقة بإدارة المرفق العام مباشرة بعمالها وأموالها ، ويعتبر العمال موظفين عامين والأموال أموالا عامة . ويتبع فى تمويل المرفق العام القواعد المالية العامة المقررة فى ميزانية الدولة أو ميزانية الشخص الإدارى المحلى من مجلس محافظة أومجلس مدينة أو مجلس قرية . وبذلك تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة التى عسى أن تنجم عن استغلال المرفق ، كما تستأثر بكل الربح إن كان هناك ربح .

وطريقة الإدارة هى التى تتبع فى المرافق الإدارية البحتة كمرافق الدفاع والأمن والعدالة والتعليم والصحة . وبعضها ، كمرفقى الدفاع والأمن ، يؤدى خدماته للجمهور مجاناً لأنها تتناول جميع أفراد الجمهور ، ويتحمل نفقات المرفق دافعو الضرائب . والبعض الآخر يؤدى خدماته للمنتفعين بالمرفق من أفراد الجمهور ، وذلك كمرفق العدالة ومرفق التعليم ، وقد يكون ذلك مجاناً أو يكون فى مقابل رسم معين يؤديه المنتفع حتى لايتحمل دافعو الضرائب جميع نفقات المرفق . وتتبع طريقة الإدارة المباشرة فى بعض المرافق الاقتصادية مما تقضى طبيعته أن يدار بهذه الطريقة ، وذلك كمرافق البريد والبرق والتلفون والراديو والتلفزيون . وقد تتبع طريقة الإدارة المباشرة فى بعض المرافق الاقتصادية الأخرى لأسباب ترجع إلى أن نفقات هذه المرافق أكثر من أرباحها وهى مع ذلك مرافق ضرورية للجمهور ، وذلك كالسكك الحديدية والنقل البحرى والنقل الجوى ، أو لغرض التيسير على الجمهور والعمل على راحته ، وذلك كبعض المواصلات المحلية وتوريد المياه والنور والكهرباء والغاز .

وعميل المرفق العام الذى يدار إدارة مباشرة حكمه هو حكم عميل ملتزم المرفق العام عندما يدار المرفق بطريق الالتزام[١] . وسنبين تفصيلا فيما يلى أحكام التعاقد بين العميل وملتزم المرفق العام .

---

(١) وتقول المادة ٩٠٤/٤ من المشروع التمهيدى ، وهى التى تقرر حذفها فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ١٥٥ فى الهامش) ، فى هذا المعنى ما يأتى : « ولا تختلف الروابط التعاقدية التى تنشأ بين مقاول المرفق العام وعملائه ، إذا كان هذا المقاول هو إحدى جهات الإدارة ، عما ينشأ من الروابط إذا كان المقاول شخصاً يستغل المرفق بمقتضى عقد الالتزام » .

١٥٧ — الطريقة الثانية — الإدارة عن طريق المؤسسات العامة (établissements publics) : والمرفق العام الذى يدار عن طريق مؤسسة عامة هو فى الواقع من الأمر مرفق يدار إدارة مباشرة بواسطة السلطة الإدارية — أى الريجى — ولكن السلطة القائمة على إدارة المرفق تمنح شخصية معنوية مستقلة عن الدولة أو عن الشخص الإدارى المحلى ، فتسمى لذلك مؤسسة عامة . ومن ثم تكون لها ذمة مالية مستقلة ، ولا تختلط إيراداتها ومصروفاتها بإيرادات الشخص الإدارى الذى تتبعه ومصروفاته ، وإذا زادت إيراداتها على مصروفاتها كان الزائد احتياطيا لها دون أن يختلط بأموال الشخص الإدارى ، ويكون لها الحق فى قبول الهبات والوصايا والتبرعات ، وتخاصِم وتخاصَم باسمها فى القضاء ، ويعتبر موظفوها مستقلين عن موظفى الشخص الإدارى الذى تتبعه المؤسسة . وتلجأ السلطة الإدارية إلى إنشاء المؤسسات لإدارة المرافق العامة لتخفيف العبء عن كاهلها وترك المرفق العام تديره هيئة متخصصة لإدارته ، مستقلة فى شخصيتها فتحمل مسئولية أكبر ، وتتمكن من السير فى أعمالها إذا كانت تدير مرفقاً اقتصادياً وفقاً للنظم المتبعة فى إدارة المشروعات الحرة . والمؤسسة العامة تقوم بإدارة المرفق العام واستغلاله ، وتتحمل جميع خسائره كما تستأثر بكل أرباحه . ومن أمثلة المؤسسات العامة الجامعات والمعاهد الخاصة بالبحوث العلمية وبعض المرافق الاقتصادية كالمؤسسات العامة القائمة على إدارة البنوك وشركات التأمين والشركات المؤممة . وتبسط عادة السلطة الإدارية التى تتبعها المؤسسة الرقابة عليها فى صور مختلفة ، يبينها نظام المؤسسة .

وعميل المرفق العام الذى يدار بطريق المؤسسة العامة هو ، فى روابطه التعاقدية مع المؤسسة ، فى حكم عميل المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام .

١٥٨ — الطريقة الثالثة — الإدارة بطريقة الريجى غير المباشر (régie intéressée) : فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة فى إدارة المرفق العام واستغلاله ، على أن تكون للسلطة الإدارية كل الأرباح وعليها كل الخسائر . أما مدير المرفق فيأخذ مقابل إدارته مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من صافى الأرباح أو من رأس المال ، أو مقابلا على أى نحو يتفق عليه مع السلطة الإدارية . فهو إذن مربوط بهذه السلطة برابطة تعاقدية ، والعقد من عقود

القانون الإدارى ، ولكنه لا يعتبر موظفاً عاماً لا هو ولا من يستخدمهم لمعاونته فى إدارة المرفق .

وهذه الطريقة تماثل طريقة الإدارة المباشرة بطريق الريجى من حيث إن السلطة الإدارية فى كل من الطريقتين هى التى تستقل بتبعات المرفق المالية ، فتتحمل كل الخسارة وتستأثر بكل الربح . ولكنها من جهة أخرى تخالف طريقة الريجى وتماثل طريقة الالتزام من حيث إن مدير المرفق شخص خاص كالملتزم لا موظف عام . وقد لجأت بعض البلديات فى أوروبا إلى هذه الطريقة ، ولكنها لم تسفر عن نجاح يساعد على انتشارها .

وعميل المرفق العام فى هذه الطريقة فى حكم عميل المرفق العام الذى يدار بطريقة الريجى أو بطريقة المؤسسات العامة أو بطريقة الالتزام .

١٥٩ — الطريقة الرابعة — الإدارة بطريقة الاستغلال المختلط (économie mixte): فى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية إلى شركة ، تساهم فيها بنسبة معينة من رأس المال ، فى إدارة المرفق واستغلاله . وبذلك لا تستقل السلطة الإدارية بتبعات المرفق المالية ولكنها تساهم فى هذه التبعات ، فتشارك فى الخسائر وفى الأرباح بنسبة مساهمتها فى رأس مال الشركة . كذلك تشترك السلطة الإدارية فى إدارة المرفق واستغلاله عن طريق مساهمتها فى الشركة ، وتستطيع إذا كان لها من المال ما يزيد على النصف أن تسيطر على الإدارة . وهذه الطريقة تفضل ، فى إدارة المرافق الاقتصادية ، طريقة الريجى وطريقة المؤسسات العامة فى أنها تبتعد عن الطرق والأساليب الحكومية فى إدارة مرفق تقتضى طبيعته أن يدار بالنظم التى تدار بها المشروعات الاقتصادية الحرة . وهى فى الوقت ذاته قد تفضل طريقة الالتزام التى سيأتى بيانها فى أنها تمكن السلطة الإدارية من الاشتراك فى الإدارة والاستغلال ، بل ومن السيطرة على المرفق إذا كان نصيبها فى رأس المال كبيراً . وتفضل أخيراً طريقة الريجى غير المباشر فى أن السلطة الإدارية لا تتحمل وحدها كل الخسائر ، بل تشارك فيها بمقدار ما تشارك فى الربح . واتبعت هذه الطريقة فى فرنسا فى مرافق النقل البرية والبحرية والجوية وفى مرفق الصناعات الحربية ، وفى انجلترا فى الصناعات البحرية وفى مشروعات إنتاج الكهرباء ، وفى مصر فى بنك التعاون والتسليف الزراعى

وفى البنك الصناعى وفى الشركات المؤممة نصف تأميم والشركات التى أممت أسهمها بالنسبة إلى حاملى ما تزيد قيمته على عشرة آلاف جنيه من هذه الأسهم .

والشركة المختلطة (société mixte) تخضع لأحكام القانون التجارى فيما يتعلق بتكوينها وإدارتها والنظم والأساليب التى تتبعها فى إدارة المرفق واستغلاله . ولما كانت السلطة الإدارية تساهم فى رأس مالها ، فإنه يكون لها فى مجلس إدارة الشركة ممثلون بنسبة حصتها فى رأس المال . ومن ثم تستطيع أن تراقب الإدارة رقابة داخلية ، بخلاف طريقة الالتزام فالسلطة الإدارية لا تراقب الملتزم إلا رقابة خارجية لا تتناول الأعمال اليومية بل تقتصر على الإشراف على نظام المرفق وحساباته .

وعميل المرفق العام فى طريقة الشركة المختلطة هو فى حكم عميل المرفق العام فى الطرق الأخرى : الريچى والمؤسسات العامة والريچى غير المباشر والالتزام .

١٦٠ — الطريقة الخامسة — الإدارة بطريقة الالتزام (concession de service public) : وهذه هى الطريقة التى تعنينا ، فإن التقنين المدنى عرض لها بالذات ونظم علاقة عميل المرفق العام بالملتزم . ولكننا رأينا أن عميل المرفق العام ، أيا كانت الطريقة التى يدار بها المرفق ، تسرى عليه أحكام واحدة هى الأحكام التى تسرى على عميل المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام ، وسيأتى بيان هذه الأحكام .

وفى هذه الطريقة تعهد السلطة الإدارية فى إدارة المرفق العام واستغلاله إلى ملتزم ، يقوم بتمويل المرفق ويستقل بتبعاته المالية ، فيستأثر بكل الأرباح ويتحمل كل الخسائر . وإنما تحدد السلطة الإدارية ، فى عقد التزام المرفق العام وما يلحق به من وثائق ، الشروط التى يدار بها المرفق وطرق الإشراف على الإدارة والإجراءات التى تتبع فى ذلك ، كما تبين الحقوق والواجبات التى تكون للملتزم وعليه نحو السلطة الإدارية ونحو عملاء المرفق العام .

والملتزم ، فرداً كان أو شركة ، لا يعتبر موظفاً عاماً ، وإنما هو من أشخاص القانون الخاص ، وهو تاجر يبغى الربح من وراء الالتزام . ولكنه فى الوقت ذاته يدير مرفقاً عاماً يجب أن يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، ويجب أن يكفل لجمهور المنتفعين بالمرفق أسعاراً معقولة . فعقد التزام

المرفق العام الذى تبرمه السلطة الإدارية مع الملتزم يواجه هذين الاعتبارين المتعارضين ، مصلحة المنتفعين بالمرفق ومصلحة الملتزم ، ويوفق بينهما ما أمكن التوفيق ، فإن استعصى علت مصلحة المنتفعين بالمرفق وهى مصلحة عامة على مصلحة الملتزم وهى مصلحة خاصة . وتنتقل الآن إلى الكلام فى هذا العقد(١) .

§ ٣ – عقد التزام المرفق العام

١٦١ — *نص قانونى* : تنص المادة ٦٦٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن(٢) » .

---

(١) وسواء أدير المرفق العام بطريق الالتزام أو بطريق الاستغلال المختلط ، فإنه يبقى مرفقاً عاماً ، ويجب التمييز بينه وبين المشروع الخاص الموجه أو الخاضع لرقابة الإدارة (entreprise privée contrôlée) : انظر فى هذا التمييز بونار ص ٥٤٧ – ص ٥٤٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – التزام المرافق العامة عقد إدارى ، الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذه المرافق وبين الفرد أو الشركة التى يعهد إليها باستغلال المرفق عدة من السنين ، ٢ – ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء مايدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقرها جهة الإدارة » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلا جعلها مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد . وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « والروابط التعاقدية التى تنشأ بين ملتزم المرفق العام وعملائه إذا كان هذا الملتزم هو إحدى الجهات الحكومية لا تختلف عما ينشأ من الروابط إذا كان استغلال المرفق قد أعطى لجهة غير حكومية » . وأصبح رقم المادة ٦٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٦٩٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان استغلال حقول البترول والمناجم يعتبر من المرافق العامة فى تطبيق هذه المواد ، خاصة وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة فى مذكرته التفسيرية قد أخرج المشروعات الاقتصادية والتجارية من نطاق تطبيق أحكامه . فأجيب بأن المادة ١٣٧ من الدستور تنص على أن كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة فى البلاد أومصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون ، وما يعتبر التزاما بإدارة مرفق عام هو الالتزام الذى يكون موضوعه مصلحة الجمهور ، ولذلك فإن استغلال حقول البترول والمناجم لا يعتبر التزاماً بإدارة مرفق عام (service public) بل هو استغلال مورد من موارد الثروة . ويلاحظ =

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٣٤ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٦٧— وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٩١ — ولامقابل له فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[1].

١٦٢ — عناصر عقد التزام المرفق العام : ويتبين من النص سالف الذكر أن عقد التزام المرفق العام له عناصر تميزه عن سائر العقود ، ويمكن حصرها فى ثلاثة :

(العنصر الأول) أن يكون عقد التزام المرفق مبرماً بين جهة الإدارة المختصة بتنظيمه وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق كما تقول

= أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين : فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة أو الهيئات البلدية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإدارى ، لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى . أما بالنسبة العلاقة بين الملتزم (concesssionnaire) والمنتفعين (usagers) كما هو الحال مثلا فى علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدنى ، ولم تكن منظمة بالتقنين الحالى (القديم) فرأى المشروع أن ينظمها ، وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف فى تكييف هذه العلاقة . أما القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة ، فقد نظم العلاقة الأولى وهى العلاقة بين الحكومة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم ، فأحكامه تعتبر فرعاً من القانون الإدارى لأنه إنما يتناول شروطاً لها كما قدمنا صفة اللائحة ، ولذلك لا شأن لأحكامه بالقانون المدنى . وبعد هذا الإيضاح وافقت اللجنة على الفقرة الأولى من المادة ، وحذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة فيما يتعلق بحكمها . وقد صارت المادة بعد حذف الفقرة الثانية مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٦٦٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ — ص ٧٤) .

[1] التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٩١ : ١— التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية . ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون . ٢ — والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائه لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية أو ملتزماً .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم ترد فيه نصوص فى التزام المرافق العامة .

المادة ٦٦٨ فيما رأينا . فالمتعاقد الأول لابد أن يكون الجهة الإدارية التى أنشأت المرفق العام وقامت بتنظيمه . وتكون هذه الجهة هي الدولة ، أو أحد الأشخاص الإدارية المحلية : المحافظة أو المدينة أو القرية . والمتعاقد الآخر يكون فى الغالب شركة وقد يكون فرداً ، والمهم أنه لا يعتبر بتعاقده على إدارة المرفق من أشخاص القانون العام أى موظفاً عاماً ، بل يعتبر من أشخاص القانون الخاص[1] كما سبق القول .

(العنصر الثانى) أن يكون محل العقد إدارة مرفق العام واستغلاله . ويجب أن يكون هذا المرفق ، كما يقول النص فيما رأينا ، « ذا صفة اقتصادية» (م٦٦٨ مدنى) ، فيكون من المرافق الاقتصادية الصناعية أو التجارية ، لا من المرافق الإدارية البحتة . وأكثر ما يمنح الالتزام فى مرافق النور والماء والغاز والكهرباء والمواصلات بمختلف أنواعها . أما المرافق الإدارية البحتة ، كالدفاع والأمن والعدالة والصحة والتعليم ، فقد قدمنا أنها لا تدار بطريق الالتزام وإنما تدار إدارة مباشرة بطريق الريجى . وإذا أفسح مجال للنشاط الفردى الحر فى بعض هذه المرافق ، كما فى التعليم للمدارس الحرة وكما فى الصحة للمستشفيات الخاصة ، فليس هذا معناه أن المرفق العام للتعليم أو للصحة يدار بطريق الالتزام ، فإن الدولة هى التى تديره فى الأصل ، وتدع للجمعيات وللأفراد أن يسدوا ما قد تتركه من فراغ لا عن طريق الالتزام بل عن طريق النشاط الفردى . وقد تنظم الدولة هذا النشاط الفردى تنظيما محكماً تصل به إلى أدق التفاصيل حتى يصبح الفرد أقرب إلى الملتزم ، كما هى الحال فى تنظيم التعليم الحر حيث أصبح القائمون به الآن أقرب إلى الملتزمين من ناحية التنظيم والرقابة والتفتيش والإعانات ونحو ذلك .

(العنصر الثالث) أن يكون لعقد التزام المرفق العام مدة معينة ، أو كما تقول المادة ٦٦٨ مدنى فيما رأينا « فترة معينة من الزمن » . فلا يجوز أن يكون العقد أبدياً ، أو لمدة غير معينة ، أو لمدة معينة بالغة فى الطول . بل يجب أن تكون المدة بحيث تسمح للسلطة الإدارية بتغيير طريقة إدارة المرفق مع تطور

---

(١) وهو الذى يمثل المرفق العام مادام الالتزام قائماً ، فإذا سقط الالتزام أصبحت جهة الإدارة هى دون الملتزم التى تمثل المرفق (نقض مدنى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦) .

الظروف ، وفى الوقت ذاته تسمح للملتزم أن يقتضى من استغلال المرفق ما يكافئ نفقاته وفوائد رأس المال الذى استثمره . وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، الصادر فى ٢١ يوليه سنة ١٩٤٧[١] ، حداً أقصى لهذه المدة هو ثلاثون سنة ، فنصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه « لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة »[٢]. ونصت المادة ٨ من

(١) وقد صدر هذا القانون قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، وجاء فى مذكرته الإيضاحية ما يأتى : « كان عقد التزام المرافق العامة — ولو أنه من العقود الإدارية — معتبراً فيما مضى عقداً مدنياً أو تجارياً ، وكان لكل الشروط الواردة فيه صيغة التعاقد ، فهى بتلك المثابة قانون المتعاقدين . فأصبح ذلك العقد بحسب أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شؤون القانون الإدارى ، وأصبحت لمعنى المرافق العامة المنزلة الأولى ، وبدأ الملتزم معاوناً للإدارة فى عمل له أوثق الصلات بالمصلحة العامة . ولقد وضع مجلس الدولة عدة قواعد فى شأن علاقات مانح الالتزام والملتزم ، وأخص تلك القواعد ما قرر سلطة الإدارة فى تنظيم المرافق العامة والإشراف على سيرها ، وعلى وجه الخصوص حقها فى وضع قوائم أسعار المرافق العامة وضرورة الاستمرار فى المرفق العام ولو اقتضى ذلك تدخل مانح الالتزام ووجوب المحافظة على التوازن المالى للالتزام . ويرمى القانون إلى بيان القواعد الأساسية التى يجب أن تراعى فى منح التزامات المرافق العامة فى مصر ، وهى تتعلق بشروط الحد الأقصى لمدة الالتزام ، وبإعادة النظر فى قوائم الأسعار بعد كل فترة زمنية ، وتحديد أرباح الملتزم . والأخذ بهذه القواعد يكفل تحقيق الوحدة والتشابه فى نظام الالتزامات ، إذ سوف لا يكون سبيل للخروج على أية قاعدة منها إلا بحكم تشريعى خاص » .

(٢) وكان الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ ينص فى المادة ١٣٧ منه على أن التزامات المرافق العامة لا يمكن منحها إلا لمدة محدودة . ومع ذلك جرى العمل فى الماضى على منح التزام المرفق العام لمدة طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة ، مما يتعارض مع روح الدستور . فأتى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ يعين الحد الأقصى لمدة التزام المرفق العام . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فى هذا الصدد : « لا شك فى أنه لم يعد من المقبول إزاء ما نشهد من التطور السريع فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية ، أن تمنح التزامات لما يقرب من قرن . والحق أنه إذا حدد للالتزام مدة ثلاثين عاماً ، كفل ذلك للملتزم الانتفاع به المدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء ، فلم يكن إذن حاجة إلى أن يعدل عن هذه القاعدة وأن يسمح بتجاوز هذه المدة إلا فى حالات استثنائية تكون فيها النفقات بالغة فى الزيادة » .

فإذا انتهت مدة الالتزام ، رجعت إدارة المرفق العام للإدارة كما هو الأصل ، ولا تعتبر الإدارة فى هذه الحالة خلفاً للملتزم ، ومن ثم لا تلتزم بما ترتب من ديون فى ذمته بسبب إدارة المرفق . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا انتهت مدة الالتزام وعاد المرفق إلى الإدارة ، فإن هذه الأخيرة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام عمن كان يقوم بإدارته ، ومن ثم فلا تلتزم بما علق من ديون أو التزامات فى ذمة المستغل بسبب إدارة المرفق (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٩ ص ٥٤٦) .

نفس القانون على أن « تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة ، مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به . وذلك مع عدم الإخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون »[1] .

فإذا توافرت هذه العناصر الثلاثة ، كان هناك عقد التزام للمرفق العام . وهذا العقد ينشئ حقوقاً للملتزم ، ويرتب عليه واجبات . ويصرح المشروع التمهيدى للمادة ٦٦٨ مدنى بأن عقد الالتزام المرفق العام هو « عقد إدارى »[2]. فهذه مسائل ثلاث — حقوق الملتزم وواجباته والتكييف القانونى لعقد الالتزام — نبحثها على التعاقب .

١٦٣ — حقوق الملتزم : والحقوق التى ينشئها عقد الالتزام للملتزم يمكن حصرها فى أربعة :

أولا — الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز . ويغلب أن يمنح عقد الالتزام الملتزم حق الانفراد باستغلال المرفق العام ، فلا يجوز لغيره أن يستغل هذا المرفق ، وهذا هو الاحتكار القانونى (moropole). ويكون ذلك عادة فى المرافق العامة التى لا تحتمل المنافسة ، إذ يكون

= كذلك إذا أنهت جهة الإدارة الالتزام بالإسقاط وعاد المرفق إليها ، فإنها لا تلتزم بشىء من الديون ، ما لم ينص فى عقد الالتزام على التزامها ، ذلك أن الملتزم لا يعتبر فى قيامه بإدارة المرفق وكيلا عن جهة الإدارة ، كما أنها لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام له . وإسقاط الالتزام يضع حداً فاصلا بين الحراسة الإدارية التى كانت مفروضة على الملتزم وبين إدارة الدولة للمرفق ، ومن ثم تزول صفة الحارس الإدارى فى تمثيل الملتزم (نقض مدنى أول نوفبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٤ ص ٩٥٢ — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦ — ٢٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) .

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الثامنة : « الأحكام الواردة فى المواد ٥ و٦ و٧ فى الواقع مجموعة من القواعد مستقلة عن شروط عقود الالتزام واجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام ، بل لو نص على شروط تعاقدية تخالفها ، إذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تعلو على الاتفاقات التى تعتبر قانوناً للمتعاقدين . فيجب إذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه . وقد وضعت المادة الثامنة لتعين بنص صريح مدى تطبيق هذه الأحكام » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ — ص ٧٢ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

فيها ضياع للأموال والجهود . مثل ذلك مرفق السكة الحديدية فى منطقة معينة لا يحتمل أن يديره أكثر من ملتزم واحد ، وإلا كانت الجهود والأموال التى تبذل فى إدارة المرفق مضاعفة فى غير فائدة تعود على العميل ، إذ أن حمايته مكفولة من غير حاجة إلى المنافسة . وكذلك الأمر فى مرافق توريد النور والغاز والكهرباء والماء وما إلى ذلك . وقد لا يمنح الملتزم حق الاحتكار القانونى ، بل يمنح حق امتياز (privilège) . ومعنى ذلك أن غيره من الأفراد أو الشركات لا يمنع قانوناً من استغلال المرفق ، ولكن السلطة الإدارية تتعهد للملتزم بألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك[١] . فيصبح الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً فعلياً ، بحكم ألاّ أحد يقوى على منافسته . ويندر أن تمنح السلطة الإدارية التزاماً دون أن تجعل الملتزم محتكراً له احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعلياً على الوجه الذى قدمناه . ولكن يقع فى بعض الأحيان أن تفعل ذلك ، كما فى مرفق المواصلات حين تمنح السلطة الإدارية التزام تسيير خطوط الترام الكهربائية لملتزم والتزام تسيير خطوط الأوتوبيس لملتزم آخر ، ولكن وسائل المواصلات هنا كما نرى مختلفة[٢] .

ثانيا — تمكين الملتزم من أن يقوم بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله . فتمنحه السلطة الإدارية الترخيصات اللازمة ، وتسمح له باستعمال الطريق العام أو الأموال العامة التى يلزم استعمالها لإدارة المرفق ، وتخوله سلطات إدارية للقيام بالإنشاءات اللازمة للمرفق من نحو حق نزع الملكية وحق تحرير محاضر للمخالفات . وقد يكون من الضرورى ، فى بعض المرافق العامة التى يقتضى استغلالها نفقات باهظة للصرف على إقامة المنشآت ثم على الصيانة والإدارة ، أن تقدم السلطة الإدارية للملتزم معونة مالية فى صور مختلفة . فقد تمنحه إعانات دورية ، أو قروضاً تسدد على آجال طويلة من ريع المرفق ، أو تكفل له ربحاً معيناً أو تكفل لأسهم الشركة سعراً معيناً للفائدة لاتنزل عنه وفى هذه الحالة يغلب أن تشارك الإدارة الملتزم فيما يزيد على هذا الربح المعين[٣] .

---

(١) ڤالين ص ٣٥٧ .

(٢) وفى مقابل احتكار الملتزم للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، يغلب ألا يكون له عمل آخر غير إدارة المرفق واستغلاله (انظر فى هذه المسألة رولان فقرة ١٥١ ص ١٣١) .

(٣) انظر فى ذلك ڤالين ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧ — محمد فؤاد مهنا ص ١٦١ .

ثالثاً – تقاضى رسوم من المنتفعين بالمرفق ، أى العملاء المستهلكين ، مقابل انتفاعهم . وهذا المقابل لا يعتبر أجرة (loyer) تسرى عليها أحكام القانون المدنى ، بل هو رسم (taxe) تسرى عليه أحكام القانون الإدارى . ومن ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الانتفاع بالمرافق العامة ، « ويكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها » (م ٦٧١/مدنى) . وللسلطة العامة كذلك الحق فى تعديل قوائم الأسعار بالرفع أو بالخفض تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة[١] ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدنى فى هذا الصدد : « وتجوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها.. » ، وتقول المادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة : « لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه . . قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل » . والرسوم التى يتقاضاها الملتزم من عملائه يستهلك بها رؤوس الأموال التى يستثمرها فى المرفق وكذلك المصروفات التى ينفقها فى إدارته ، مع ضمان ربح معقول يجنيه . وقد وضع القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حداً أقصى لهذا الربح المعقول ، فنصت المادة ٣ من هذا القانون على أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة من رأس المال . ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار ، حسبما يرى مانح الالتزام[٢] ؛

---

(١) رولان فقرة ١٥٢ – يونار ص ٥٥٥ – ص ٥٥٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : « هذه المادة تنص على أنه لا يجوز أن تجاوز حصة الملتزم الأولى فى صافى أرباح استغلال المرفق عشرة فى المائة من رأس المال الموظف فى المرفق والمرخص فيه من مانح الالتزام . ويجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعى لجزاء الملتزم ، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة ، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل تلك المشروعات =

رابعاً – الحق فى التوازن المالى للمرفق (uilibre financier de service) والأصل أن التزام المرفق العام لا يخلو من المخاطرة ، فالملتزم يسعى للربح ويتعرض للخسارة . والمفروض فى كل ذلك أنه يبذل عناية الشخص المعتاد فى إدارة المرفق واستغلاله . فإذا ارتكب خطأ جشمه خسارة ، وجب عليه أن يتحملها وحده مهما كانت فادحة ، فإنه هو الذى بخطأه تسبب فيها . وإذا نزل عن عناية الشخص المعتاد فى إدارة المرفق ، فنجم عن تقصيره فى الإدارة أن تكبد خسارة ، وجب عليه هنا أيضاً أن يتحملها وحده . أما إذا لم يرتكب خطأ ، وبذل فى الإدارة عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون مع ذلك معرضاً لخسارة مألوفة يقابلها ربح محتمل . وإلى هنا لم يختل التوازن المالى للمرفق . وإنما يختل هذا التوازن فى إحدى حالتين : (الحالة الأولى) أن يواجه الملتزم فى إدارته للمرفق عملا للسلطة الإدارية تقلب به الميزان المالى للمرفق ، كأن تحدث تعديلات جوهرية فى نظام المرفق أو تخفض الأسعار تخفيضاً كبيراً ، وينجم عن ذلك خسارة فادحة تصيب الملتزم . فهنا يختل التوازن المالى للمرفق ، وللملتزم أن يرجع على السلطة الإدارية بما يعيد هذا التوازن ، لأن هذه السلطة هى التى بفعلها أخلت به . (والحالة الثانية) التى ينشأ فيها للملتزم الحق فى التوازن المالى للمرفق هى ظروف طارئة ، لم تكن فى الحسبان ، لا تنسب لا إلى مانح الالتزام ولا إلى الملتزم ، وتجعل استغلال المرفق بالشروط المقررة وبالأسعار المحددة من جانب السلطة العامة مرهقاً للملتزم بحيث يتهدده بخسارة فادحة . وهذه هى نظرية الظروف الطارئة قررها القانون الإدارى كما هو معروف قبل أن تنتقل إلى القانون المدنى . وبموجب هذه النظرية يكون للملتزم الحق فى إعادة التوازن المالى للمرفق ، بتعديل شروط استغلاله أو برفع الأسعار حتى

= حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل فى أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبراً وقدراً . والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز ، فإن له غالباً احتكاراً بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة . ومن جانب آخر فإن نظرية الظروف غير المتوقعة التى تقررها المادة السادسة من القانون تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التى تنتج عن حوادث لم يكن يستطاع توقعها ، والتى تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه بالخسارة . وأخيراً فقد استقر الرأى فى السنوات الأخيرة على وجه الخصوص فى الفقه الفرنسى على أن فى التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وما له من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحاً باهظة ، يقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها » .

لا يتحمل وحده كل الخسارة التي نجمت عن هذه الظروف الطارئة[1]. وعلى العكس من ذلك إذا كانت الظروف الطارئة جعلت الملتزم يجني أرباحاً فاحشة، جاز للسلطة الإدارية أن تخفض الأسعار أو أن تعدل تنظيم المرفق وقواعد استغلاله، حتى تنخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول. وقد أقر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ نظرية الظروف الطارئة بشطريها، فنصت المادة ٦ من هذا القانون على أنه « إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله، أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول »[2].

١٦٤ — **واجبات الملتزم**: كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٠٦ من

(١) انظر ڤالين ص ٣٦٣ — ص ٣٦٦ — رولان فقرة ١٥٥ — بونار ص ٥٦٧ — ص ٥٧٧ — محمد فؤاد مهنا ص ١٦٢ — ص ١٦٥.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد: « عدا التعديلات التي تفرضها إرادة مانح الالتزام وتكوّن ما يمكن أن يسمى « الخطر الإداري »، توجد تعديلات أخرى خارجة عن إرادة مانح الالتزام أو الملتزم ولم تكن تتوقع وقت منح الالتزام وهو ما يمكن أن يسمى « بالخطر الاقتصادي ». وهو إذا أصبح غير عادي بحيث يترتب عليه الإخلال بالتوازن المالي للالتزام، فإنه يجب في هذه الحالة إعادة النظر في الشروط الأصلية الواردة بوثيقة الالتزام ليتيسر استمرار السير المنظم للمرفق العام موضوع الالتزام. فالمادة السادسة تقرر نظرية الظروف غير المتوقعة التي نبتت من الصعوبات التي لقيها ملتزمو المرافق العامة إبان الحرب العظمى الماضية وعقبها بسبب ارتفاع الأسعار ولم تطبق حتى الآن إلا لمصلحة الملتزم. وعلى مبدأ التوازن المالي الذي لاحظ الطرفان وقت التعاقد وجوب استمراره طوال مدة الالتزام، بني الواجب الذي فرض على مانح الالتزام بأن يوفر للملتزم في الحالات التي يصح وصفها بأنها ظروف غير متوقعة مزايا لا شأن لها بعقد الالتزام، كرفع الأسعار وخفض تكاليف الملتزم أو منحه إعانة. فمن المعقول إذن، إذا اختل التوازن المالي لمصلحة الملتزم، أي إذا طرأت ظروف غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين تحقق له بسببها أرباح غير عادية لم تكن تتوقع وقت منح الالتزام، كان هذا الإخلال مبرراً لإعادة النظر في الشروط الأصلية الواردة في الالتزام للنزول بالأرباح الباهظة إلى القدر المعقول. وأوجب ما يكون هذا الحل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة عن أسعار مرتفعة جداً تحول دون وفاء المرفق العام بحاجات الجمهور أو تحقيق الضرورات العامة التي اقتضت إنشاءه ».

المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « يكون هذا العقد الإدارى (عقد التزام المرفق العام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود . فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة[١] » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالرجوع إلى القواعد العامة »[٢] . والنص المحذوف ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن العمل به بالرغم من حذفه . فعقد الالتزام إذن يوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها المرفق إلى العملاء . وفى بعض الحالات يوجب عقد الالتزام على الملتزم أيضاً أن يقوم بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق وإدارته واستغلاله . فيترتب إذن فى ذمة الملتزم بموجب عقد الالتزام التزامان :

أولا – القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق ، إذ كثيراً ما يحتاج المرفق إلى إنشاءات لازمة لتسييره . فمرافق النور والماء والغاز تحتاج إلى مد مواسير فى جوف الأرض ، وإعداد أجهزة لتوليد الكهرباء وتقطير الماء ، وما إلى ذلك . ومرفق السكك الحديدية يحتاج إلى مد قضبان حديدية ، وإنشاء محطات ، ونحو ذلك . وقد احتاجت الشركة التى منحت التزام ضاحية مصر الجديدة إلى تشييد مساكن عديدة وتزويدها بالنور والماء ، ومد ترام المترو لتوصيل الضاحية بوسط مدينة القاهرة . كذلك احتاجت الشركة التى منحت التزام قنال السويس إلى إنفاق مصروفات باهظة فى حفر القنال وما تحتاج إليه حركة مرور السفن من منشآت وغيرها . فهذه المنشآت يجعلها عقد الالتزام عادة على الملتزم ، وقل أن تعمد السلطة الإدارية إلى إقامة المنشآت بنفسها ثم تمنح بعد ذلك التزام المرفق للملتزم[٣] . والغالب أن الذى يدفع السلطة الإدارية إلى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ – وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٤ – وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٣) وعندما يقيم الملتزم المنشآت اللازمة ، ويحضر الأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرفق ، يكون كل هذا ملكاً خاصاً لا ملكاً عاماً . وككل ملك خاص يكون قابلا للحجز عليه ولغير الحجز من إجراءات التنفيذ . ولكن صدر القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ يضيف مادة جديدة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة ، وهى المادة ٨ مكررة وتنص على ما يأتى : « لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة » .

الالتجاء لطريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة في المنشآت اللازمة لتسييره ، مما يجعلها تفضل أن تدير المرفق بطريق الالتزام ، فيتحمل الملتزم هذه النفقات ويستردها فى المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق . ومتابعة التطور التاريخى لالتزام المرافق العامة تبين أن هذا الالتزام بدأ أولا يكون التزاماً بأشغال عامة (concession de travaux publics) هى هذه المنشآت الضرورية لتسيير المرفق ، ويكون الالتزام بإدارة المرفق تبعاً لها لا أصلا . ذلك أن استغلال المرفق — ويستتبع ذلك إدارته — كان يعتبر هو المقابل الذى يأخذه الملتزم فى نظير تنفيذ الأشغال العامة التى يتطلبها إنشاء المرفق . ثم بدأ الالتزام بإدارة المرفق يتميز عن الالتزام بالأشغال العامة حتى أصبح مستقلا عنه ، وساعد على ذلك تطور المرافق العامة المتعلقة بالمواصلات البرية والبحرية والجوية . بل أصبح الالتزام بالأشغال العامة ، كما رأينا ، تابعاً للالتزام بإدارة المرفق العام ، بعد أن كان متبوعاً[١] .

ثانيا — القيام بإدارة المرفق ، وهذا هو الالتزام الجوهرى الذى يترتب فى ذمة الملتزم ومن أجله منح الالتزام . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور على الوجه الذى سنبينه عند الكلام فى العقد بين الملتزم والعميل . وسنرى كذلك أن على الملتزم أن يتقيد بالأسعار التى وضعتها السلطة العامة بما يلحقها من تعديلات تقتضيها المصلحة العامة ، وأن يكفل المساواة بين العملاء فلا يميز أحداً منهم على الآخرين . وسواء منح الملتزم الالتزام مساومة أو عن طريق مناقصة عامة ، فإنه فى الحالتين قد اختير لاعتبارات شخصية فيه ، فلا يجوز أن ينزل عن الالتزام إلى غيره دون موافقة مانح الالتزام ، فإذا نزل عن الالتزام دون موافقته كان النزول باطلا وجاز لمانح الالتزام إسقاطه عن الملتزم الأصلى ذاته[٢] .

ويخضع الملتزم ، فى القيام بإدارة المرفق واستغلاله ، لرقابة مانح الالتزام وإشرافه . وهذه الرقابة تتحتم ، سواء نص عليها عقد الالتزام أولم ينص .

---

(١) انظر فى هذه المسألة ديجيه سنة ١٩٢٥ الجزء الخامس ص ٥٧٠ — بونار ص ٤٦٧ — توفيق شحاته ص ٣٠ — ص ٣٢ .

(٢) جيز ٤ ص ١٩٣ وما بعدها — توفيق شحاته ص ٨٤ — ص ٨٦ — استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٤ .

ذلك أن المرفق العام يجب أن يدار طبقاً للشروط المبينة فى عقد الالتزام وفى دفتر الشروط (cahier des charges)، وفى الوقت ذاته طبقاً للشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين (م ٦٦٩ مدنى وسيأتى ذكرها). وهذه خاصية جوهرية من خواص المرفق العام. فلابد أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها كاملين على إدارة المرفق. وكثيراً ما يبين عقد الالتزام طرق هذه الرقابة وسبل هذا الإشراف والإجراءات التى تتبع لتحقيق كل ذلك. ولكن، حتى لو كان عقد الالتزام ساكتاً عن هذا، أو حتى لو تضمن شروطاً مخالفة، فإنه يتحتم كما قدمنا أن تبسط السلطة الإدارية رقابتها وإشرافها على إدارة المرفق العام، حتى تحمى مصالح الجمهور، وحتى تحمى مصالحها بالذات فهى قد تكون مسئولة عن إعانة الملتزم بمقدار ما يسد العجز الناجم عن استغلال المرفق، فلا بد من الرقابة حتى تطمئن السلطة الإدارية إلى أن مصالح الجمهور مكفولة وإلى أن تبعاتها المالية لا تجاوز الحدود الواجبة.

وتتنوع الرقابة التى تبسطها السلطة الإدارية على الملتزم فى إدارته، فهى رقابة فنية ورقابة إدارية ورقابة مالية. ولكل من هذه الأنواع الثلاثة من الرقابة وسائل وإجراءات يبينها عقد الالتزام، فإن سكت العقد عن ذلك بينها التشريع والمبادئ العامة المقررة فى القانون الإدارى. فلمانح الالتزام أن يعين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق، وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما يطلبونه من معلومات وبيانات وإحصاءات. كذلك يكون لمانح الالتزام الحق فى أن يعهد إلى أية هيئة عامة أو خاصة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية. وكما تكون الرقابة بعد تنفيذ أعمال الإدارة التى يقوم بها الملتزم، كذلك تكون قبل تنفيذها حتى تكون رقابة فعالة مانعة. وقد تصل الرقابة إلى حد النص فى عقد الالتزام على أن يكون لمانح الالتزام الحق فى تعيين المدير الفنى للمرفق أو فى الموافقة على تعيينه، أو فى تعيين بعض من أعضاء مجلس الإدارة.

ولا حدود للرقابة التى يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم، إلا فى ألا تكون هذه الرقابة سبباً لخروج المرفق عن الأغراض التى خصص لها، وأن تستعمل فى حدود القوانين والنظم والإجراءات المرسومة، وألا تنقلب إلى تدخل

مباشر فى إدارة المرفق حتى لا تتحول من إدارة بطريق الالتزام إلى إدارة مباشرة بطريق الريجى[١] .

وقد أفاض القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة فى رسم مدى الرقابة التى يبسطها مانح الالتزام على إدارة الملتزم ، فنصت المادة ٧ من هذا القانون (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) على ما يأتى : « ١ — لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والإدارية والمالية . ٢ — وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والإدارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام . ٣ — ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام ، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أوخاصة . ٤ — كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة . ٥ — وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أوالهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام . ٦ — وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من أوراق أومعلومات أوبيانات أوإحصاءات ، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على إدارة المرفق فى أى وقت»[٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ٢٧٧ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٧٠ ص ٤٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٢ ص ١٩٥ — ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٣٩ ص ٣١٧ — مصر المختلطة مستعجل ٢٦ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٢٩ — الإسكندرية المختلطة ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦ — چيز ٤ ص ٣٣١ وص ٣٣٦ — توفيق شحاته ص ٩١ — ص ٩٨ .

(٢) وكانت المادة ٧ الأصلية من قانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تجرى على الوجه الآتى : « لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره ، كما له أن يراقب إدارة الملتزم المالية . وله فى هذا السبيل أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات ، أوأن =

١٦٥ — التكييف القانوني لعقد الالتزام : كان الرأي السائد طوال القرن التاسع عشر في فرنسا وفي مصر أن عقد الالتزام هو عقد مدني (contrst civil) يخضع للقواعد المدنية المقررة في العقود ، وأهم هذه القواعد أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ١٤٧ مدني) . والشروط التي لا يجوز نقضها ولا تعديلها هي الشروط الواردة في عقد الالتزام وفي دفتر الشروط (cahier des charges) الملحق به . ولما كانت هذه الشروط تقرر عادة كيفية تنظيم المرفق وطرق تسييره وإدارته واستغلاله والأسعار التي يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق والضمانات التي تكفل مصالح هؤلاء العملاء ، فإن أكثر هذه الشروط كما نرى تتعلق بحقوق الغير سواء كانوا هم العملاء أو كانوا الموظفين الذين يستخدمهم الملتزم في إدارة المرفق واستغلاله . لذلك حاولت هذه النظرية التقليدية أن تعلل كيف يتأثر هؤلاء الغير بعقد لم يكونوا طرفاً فيه ، ويكسبون منه حقوقاً على الوجه المتقدم الذكر . وقد فسرت ذلك بأنه اشتراط لمصلحة الغير ، فتكون السلطة الإدارية هي المشترط والملتزم هو المتعهد والعملاء والموظفون هم المنتفعون . وقد كسبوا من عقد الالتزام هذا حقاً مباشراً يستطيعون أن يتمسكوا به قبل الملتزم ، وبقبولهم التعاقد معه على أساس عقد الالتزام يكونون قد قبلوا هذا الحق فأصبح غير قابل للنقض طبقاً للقواعد المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير . وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة كما قدمنا طوال القرن التاسع عشر ، وكانت نظرية المرافق العامة لا تزال ناشئة . وما لبثت عيوب هذه النظرية أن تبدت ، وأهم هذه العيوب أنها تجعل عقد الالتزام جامداً لا يتطور ، ولا تستطيع السلطة الإدارية أن تعدل شروط تنظيم المرفق وتسييره ولا الأسعار المقررة إلا برضاء الملتزم . فهي تولي الملتزم

= يفحص حساباته في أي وقت » . ثم صدر القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ يعدل النص على الوجه الآتي : « ١ — لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية . ٢ — وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق . ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام . ٣ — وعلى الملتزم أن يقدم لهؤلاء المندوبين ما قد يطلبونه من معلومات أو بيانات أو إحصاءات ، دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت » . ثم صدر أخيراً القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ يعدل النص على الوجه المبين بالمتن .

حماية تتعارض مع طبيعة المرفق العام ومقتضياته وما يجب للإدارة من سلطة تستطيع بموجبها أن تساير بالمرفق ما يقتضيه التطور ، فتعدل بمحض سلطانها ، دون حاجة إلى رضاء الملتزم ، نظم المرفق وأسعاره على الوجه الذى تقتضيه المصلحة العامة .

ومن ثم نشأت نظرية أخرى ، انتشرت بوجه خاص فى ألمانيا وإيطاليا ، تذهب إلى أن عقد الالتزام إنما هو تصرف قانونى من جانب واحد هو جانب السلطة الإدارية ، فهى التى وضعت شروط الالتزام ونظم المرفق وقررت الأسعار ، ولم يفعل الملتزم إلا أن يقبل الخضوع لإرادة السلطة الإدارية . وترتب النظرية على ذلك أن السلطة الإدراية تستطيع بمحض سلطانها أن تعدل من شروط الالتزام ونظم المرفق والأسعار المقررة ، إذ أن هذا كله هى التى وضعته بإرادتها المنفردة ، فتستطيع أن تعدله بإرادتها المنفردة كذلك دون حاجة إلى رضاء الملتزم . وعيب هذه النظرية أنها تغفل بتاتاً إرادة الملتزم ، مع أن هذه الإرادة تلعب دوراً أساسياً فى تكوين عقد الالتزام ولولاها لما تكوّن هذا العقد . ثم إنها تطلق يد الإدارة فى عقد الالتزام بجميع مشتملاته ، حتى فيما يتعلق منه بالحقوق الشخصية التى يكسبها الملتزم من هذا العقد ، فتستطيع الإدارة بسلطانها المطلق أن تعدل فى هذه الحقوق وأن تنتقص منها كما تشاء دون أن يكون للملتزم رأى فى ذلك . وبالقدر الذى قيدت به النظرية التقليدية يد الإدارة وغلتها عن أن تعدل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بنظم تسيير المرفق ، أطلقت نظرية التصرف القانونى من جانب واحد يد الإدارة وبسطت سلطانها فى تعديل شروط عقد الالتزام حتى ما كان منها متعلقاً بالحقوق الشخصية للملتزم .

وقد نبذ فى الوقت الحاضر كل من النظريتين . وقامت نظرية حديثة — قال بها دجيه وجيز وڤالين من كبار رجال الفقه الإدارى فى فرنسا — تذهب إلى أن عقد الالتزام ليس من جهة عقداً مدنياً ، ولا هو من جهة أخرى تصرف قانونى من جانب واحد ، بل هو عقد إدارى (contrat administratif) . فعقد الالتزام إذن ، بالرغم من أنه عقد يتكون من توافق إرادتين إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم ، إلا أنه لا يخضع فى جميع مشتملاته لقواعد القانون المدنى ، بل يخضع للقانون الإدارى فى نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة . وهذه النظرية الحديثة هى النظرية التى أراد التقنين المدنى

المصرى أن يأخذ بها ، ونرى أثر ذلك واضحاً فى المشروع التمهيدى لهذا التقنين . فقد كانت المادة ٩٠٦ من هذا المشروع تنص على أن « ١ — التزام المرافق العامة عقد إدارى . . . ٢ — ويكون هذا العقد الإدارى هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة » . وفى لجنة المراجعة أغفل وصف العقد بأنه « إدارى» دون أن يذكر سبب ذلك[١] . ويغلب أن يكون السبب راجعاً إلى الرغبة فى تجنب اعتناق مذهب فقهى فى النصوص التشريعية ، ولكن سائر النصوص التى تنظم التزام المرافق العامة والعقد الذى يبرمه الملتزم مع عملائه تبين فى وضوح أن عقد التزام المرفق العام هو عقد إدارى ، تستطيع الإدارة بمحض سلطانها تعديل نواحيه التنظيمية[٢] .

١٦٦ — ما يترتب من النتائج على أن عقد الالتزام هو عقد إدارى : وأهم النتائج التى تترتب على أن عقد الالتزام عقد إدارى ، أو هو كما يقول دجيه تصرف مركب (acte complexe) فلا تسرى القواعد المدنية فى جميع نواحيه ، أنه يجب التمييز فى هذا العقد بين طائفتين من النصوص : نصوص تعاقدية (clasuses contrac:ucIles) ونصوص تنظيمية (clauses réglementaires)[٣]

(ا) فالنصوص التعاقدية ، وهذه تخضع لقواعد القانون المدنى فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين ، هى النصوص المتعلقة بما ينشئه عقد الالتزام من حقوق والتزامات شخصية (droits et obligations subjectifs) للملتزم. وهذه تتعلق بمدة الالتزام ، وبشروط استرداده (rachat) ، وبالالتزامات المالية المتقابلة المترتبة فى ذمة كل من الملتزم ومانح الالتزام ، كالتزام مانح الالتزام

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٧١ — ص٧٢ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية المختلطة بأن العقد ما بين الإدارة والملتزم ليس عقداً مدنياً ، بل هو عقد من نوع خاص (sui generis) (الإسكندرية المختلطة ١٧ نوفبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٠) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ — رولان فقرة ١٤٩ — بوننار ص ٥٦١ — ص ٥٦٢ .

بمنح إعانة للملتزم أو بكفالة مقدار معين من الربح ، وكالتزام الملتزم بدفع مبلغ من المال لمانح الالتزام أو بإشراكه فى أرباح المرفق بنسبة معينة . ويمكن القول مع دېجيه(١) إن النصوص التعاقدية هى تلك النصوص التى ماكانت لتوجد لو أن المرفق أدير مباشرة بطريق الريچى ، فهى نصوص اقتضاها قيام ملتزم يدير المرفق وضرورة تنظيم العلاقات الذاتية بينه وبين مانح الالتزام .

(ب) أما النصوص التنظيمية فهذه تتعلق بتنظيم المرفق فى ذاته ، ووضع طرق مرسومة لإدارته بما يكفل له الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور ، وتقرير أسعار موحدة يتقاضاها الملتزم من العملاء بحيث لا يمتاز عميل على آخر ، وتقرير حق السلطة الإدارية فى استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، أما شروط هذا الاسترداد ومقدار ماتدفعه الإدارة من تعويض للملتزم فهذه كما قدمنا تدخل فى النصوص التعاقدية التى لا يمكن نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين . وهذه النصوص التنظيمية هى النصوص التى يجب أن توجد لتنظيم المرفق وإدارته ، سواء تولى الإدارة ملتزم أو تولتها السلطة الإدارية مباشرة بطريق الريچى . فهى قانون المرفق العام ، ومن ثم فهى نصوص تنظيمية لها حكم القانون . تملك السلطة الإدارية بمحض سلطانها ، ومن غير موافقة الملتزم ، نقضها أو تعديلها بما يتفق مع المصلحة العامة(٢) . وهذه الولاية فى النقض والتعديل تخلص للسلطة الإدارية باعتبارها المهيمنة على المصلحة العامة التى يحققها المرفق ، إذ المرفق حتى لو أدير بطريق الالتزام لايزال مرفقاً عاماً ، يجب أن يدار بما يحقق المصلحة العامة التى أنشئ من أجلها . ومصدر هذه الولاية هى المبادئ المقررة فى القانون الإدارى ، سواء وجد نص تشريعى يمنح الإدارة هذه الولاية أولم يوجد ، وسواء نص فى عقد الالتزام على أن يكون للإدارة هذه الولاية أو لم ينص ، بل حتى لو نص فى عقد الالتزام ألا يكون للإدارة هذه الولاية فإنها تثبت للإدارة بالرغم من هذا النص . ولايحد من هذه الولاية إلا قيدان : (أولا) أن تستعملها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة ، فلاتتعسف فى استعمالها ، ولا تستعملها على وجه يخرج المرفق عن الغرض الذى أنشئ من أجله أو يحوله من أن تكون

---

(١) الجزء الأول ص ٤٢١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٤ .

إدارته بطريق الالتزام إلى أن تكون إدارة مباشرة بطريق الريجى . (ثانيا) أنه إذا نجم عن استعمالها أن اختل التوازن المالى للمرفق ، وجب على السلطة الإدارية أن تعيد هذا التوازن عن طريق تعويض الملتزم عما سببته له من خسارة تعويضاً عادلا ، وقد تقدم بيان ذلك[1] .

فالسلطة الإدارية تملك إذن أن تنفرد بتعديل هذه النصوص التنظيمية ، سواء فيما يتعلق بالأسعار أو فيما يتعلق بتنظيم المرفق وإدارته ، ولا تستطيع أن تجرد نفسها من هذه الولاية باتفاق خاص ، أو تحرم نفسها من حق استرداد المرفق قبل انقضاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . وقد أورد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة كل هذه الأحكام فى نصوصه .

ففيما يتعلق بالأسعار ، نصت المادة ٢ من هذا القانون على أن « يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية مبنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام » . وقد وضع القانون فوق ذلك حداً أقصى لصافى الأرباح التى يجنيها الملتزم من استغلال المرفق العام ، هو عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام[2] .

وفيما يتعلق بتعديل تنظيم المرفق وطرق إدارته وقواعد استغلاله ، نصت المادة ٥ من القانون على أنه « يجوز لمانح الالتزام دائماً ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل »[3] . وقد رأينا أن المادة ٦

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ (رابعا) .

(٢) انظر المادة ٣ من القانون آنفاً فقرة ١٦٢ (ثالثا) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الخامسة منه : « إن من شأن الأخذ بالقواعد الواردة بالمواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ من القانون فى جميع عقود الالتزام أن يجتنب وقوع أغلب المنازعات التى تنشأ بين الملتزم ومانح الالتزام ، إذ يصبح ما بينهما من العلاقات خاضعاً لشروط روعى فيها نوع التزام المرفق العام وملابسته للمصلحة العامة . على أنه قد يقع أن تكون هذه القواعد قاصرة عن أن تحقق وحدها التوافق بين المرفق العام والأحوال القائمة فى وقت معين ، وأن تكون الإدارة فى سبيل المصلحة العامة مضطرة ، لأسباب اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية ، لتعديل الشروط الأصلية لعقد الالتزام فيما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو بطريق استغلاله أو فيما يتعلق على وجه الخصوص بالأسعار التى تحصل من المنتفعين به .. فالمادة الخامسة تؤيد مانح الالتزام فى هذه الحالة =

من القانون تكفل للملتزم إعادة التوازن المالى للمرفق إذا اختل هذا التوازن[(١)].

وفيما يتعلق بحق الإدارة فى استرداد المرفق قبل انقضاء مدته ، نصت المادة ٤ من القانون على أنه « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته »[(٢)].

المبحث الثانى

العقد بين ملتزم المرفق العام والعميل

١٦٧ — مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم — الحق فى المرفق : قد ينشأ للفرد حق قبل التعاقد مع الملتزم ، يستطيع أن يرفع به دعوى أمام القضاء . ذلك أن لكل فرد أنشئ المرفق العام لمصلحته حقاً فى المرفق (le droit au service) فإذا منحت السلطة الإدارية مثلا التزاماً بإدارة مرفق عام للمواصلات عن طريق خطوط للترام أو للأوتوبيس ، وأخل الملتزم بشروط الالتزام فلم ينشئ مثلا كل الخطوط التى فرضها عليه دفتر الشروط أو ألغى بعض الخطوط بعد إنشائها ، وأصاب أحد الأفراد ضرر من ذلك بأن لم يجد سبل المواصلات أمامه ممهدة بسبب عدم إنشاء الخط أو بسبب إلغائه ، أو

= فى أن يعدل من تلقاء نفسه الشروط الخاصة بأركان تنظيم المرفق العام أو بسيره ، وذلك بمقتضى سلطانه الإدارى ، إذ كان لا يجوز أن تحطل المصلحة العامة بفعل الشروط التعاقدية الواردة فى وثيقة الالتزام » .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٢ (رابعا) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى صدد المادة الرابعة منه : « إنه وإن يكن لمانح الالتزام فى سبيل المصلحة العامة ولقاء تعويض عادل حق استرداده فى أى وقت ، حتى ولو لم يشر إلى هذا الحق فى وثيقة الالتزام ، فقد رؤى من الأفضل تجنباً لكل نزاع فى شأن تقدير ذلك التعويض تقرير قاعدة ترمى إلى أن وثيقة الالتزام يجب أن تحدد شروط أوضاع ذلك الاسترداد » .

وانظر فى حق الإدارة فى استرداد المرفق العام مع دفع التعويض : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥ — وفى حق الإدارة فى الاستيلاء على كل ما هو لازم لإدارة المرفق فى مقابل تعويض مع استثناء ماهو ملك خاص للملتزم فهذا لا يجوز الاستيلاء عليه : استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٩٤ — وفى وجوب تقدير التعويض بحسب القيمة الحقيقية للأشياء بصرف النظر عن كونها من الناحية الحسابية تعتبر مستهلكة : استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٦١ .

امتنعت شركة النور أو الماء أو الغاز من التعاقد معه بغير حق عندما طلب إليها ذلك ، فإن له أن يتجه إلى مانح الالتزام وهو سلطة إدارية يطلب إليه أن يجعل الملتزم يكف عن هذا الإخلال[١] . فإذا امتنع مانح الالتزام من إجابته إلى طلبه ، كان له أن يطعن فى هذا الامتناع — وهو أمر إدارى سلبي — بالإلغاء أمام القضاء الإدارى . وإذا أصاب الفرد ضرر من هذا الإخلال ، كأن تعطلت له مصلحة جدية من إنعدام المواصلات أومن عدم توريد النور أو الماء أو الغاز له ، جاز له أن يرفع دعوى التعويض على الملتزم[٢] .

١٦٨ — مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم — الانتفاع بالمرفق — رابطة تعاقدية مدنية — نص قانونى : أما بعد أن يتعاقد العميل مع الملتزم ، فإنه يصبح دائناً له بأداء خدمات المرفق العام ، وله أن يطالب مباشرة بأداء هذه الخدمات ، وهذا هو الحق فى الانتفاع بالمرفق (l'usage du service)[٣] .

وقد اختلف فى تكييف العقد بين الملتزم والعميل . فأكثر فقهاء القانون الإدارى يذهبون إلى أنه ليس بعقد ، بل هو إرادة منفردة من جانب العميل بموجبها يخضع لمركز منظم (statut) هو المركز الذى ينظمه عقد الالتزام وملحقاته بما يشتمل عليه من شروط تنظيم المرفق وإدارته ، وتنظمه الشروط التى تقتضيها طبيعة المرفق ويقتضيها ما ينظم هذا المرفق من القوانين ، وهذه الإرادة المنفردة هى كما يقول ديجيه تصرف شرطى (acte-condition)[٤] . ولكن بعض فقهاء القانون الإدارى[٥] وفقهاء القانون المدنى[٦] يذهبون إلى أن العقد الذى يبرمه

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٩ .

(٢) انظر فى هذه المسألة ڤالين ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٤) انظر فى هذا المعنى ديجيه فى مركز الأفراد تجاه المرافق العامة مقال فى مجلة القانون العام سنة ١٩٠٧ ص ٤١١ وما بعدها ، ومؤلفه فى القانون الدستورى ١ ص ٢٧٣ وما بعدها — هوريو فى تعليقه فى سيريه ١٩٠٧ — ٣ — ٣٣ — چيز فى تعليقه فى مجلة القانون العام سنة ١٩٠٨ ص ٤٨ وما بعدها وسنة ١٩١٦ ص ٥٢ وما بعدها وص ٢٤٢ وما بعدها ، ومؤلفه فى المبادئ العامة فى القانون الإدارى ٣ ص ١٣ وما بعدها — بونار ص ٧٧ — ص ٧٨ — توفيق شحاته ص ٢٤٣ — ص ٢٥٣ .

(٥) ڤالين ص ٣٩٠ — ص ٣٩١ ومقاله فى مركز عميل المرفق العام فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٢٥٦ .

(٦) انظر بوجه خاص ديموج فى مصادر الالتزام ١ ص ٦٤ وما بعدها و٢ ص ٨٥٧ وما بعدها وتعليقه فى سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٨١ .

العميل مع الملتزم هو عقد لا لإرادة منفردة إذ لابد فيه من إيجاب وقبول ، وهو عقد مدنى يخضع لقواعد القانون المدنى فى تكوينه وفى آثاره . ولكنه يتميز عن العقد المدنى المألوف بأنه يخضع لنظام مقرر (situation réglementaire) وضعه العقد الإدارى الذى أبرم بين السلطة الإدارية والملتزم ، أى عقد الالتزام ويسميه ديموج بالعقد التنظيمى (contrat rélegmentaire). فالعقد المدنى بين العميل والملتزم يخضع للعقد التنظيمى الإدارى بين الملتزم والسلطة الإدارية ، كما تخضع اللائحة الإدارية للتشريع وكما يخضع التشريع لنصوص القانون الدستورى[1] . ويترتب على ذلك أن العقد المدنى بين العميل والملتزم يخضع لعقد الالتزام التنظيمى ، لا فحسب فيما يتضمنه العقد التنظيمى وقت إبرام العقد المدنى ، بل أيضاً فى جميع ما يلحق هذا العقد التنظيمى من تعديلات تدخلها السلطة الإدارية بمالها من سلطان فى تنظيم المرافق العامة ، وهذا ماقصد إليه المتعاقدان العميل والملتزم عندما أبرما العقد بينهما[2] .

وهذا الرأى الأخير هو الذى ذهب إليه التقنين المدنى المصرى الجديد ، كما يظهر من نصوصه ومن أعماله التحضيرية . فقد نصت المادة ٦٦٩ مدنى على أن « ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين »[3] .فالعقد المبرم بين

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

(٢) ڤالين ص ٣٩٠ – وتكييف العقد بين العميل والملتزم بأنه عقد مدنى هو ماذهب إليه القضاء الإدارى والمدنى فى فرنسا (محكمة تنازع الاختصاص أول يوليه سنة ١٩٣٥ فى قضية الآنسة Demangeon – مجلس الدولة الفرنسى ١٥ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية مستعمرة المارتينيك – نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ D. C. (داللوز الانتقادى) ١٩٤٣ J ١٢ – ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ٣٢٢) ، وماذهب إليه أيضاً القضاء فى مصر (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٩ . الإسكندرية المختلطة ٢٥ يوليه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٠ ص ٢٠٢ – ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩١٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٩٨ فى المشروع =

العميل والملتزم ينشئ حقوقاً شخصية (droits subjectifs) لكل من الطرفين ، كما هو الأمر في سائر العقود المدنية ، فيكون للعميل الحق في أن تؤدى له خدمات المرفق على الوجه المألوف ، ويكون للملتزم الحق في تقاضي أجر هذه الخدمات من العميل . ويخضع هذا العقد ، كما يقول النص ، « للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ، ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين » . ويؤكد تكييف العقد المبرم بين العميل والملتزم بأنه عقد مدني في نظر التقنين المدني الجديد ما قيل في هذا الصدد أمام لجنة مجلس الشيوخ ، فقد قال مندوب الحكومة ، ووافقت اللجنة على قوله ، ما يأتي : « ويلاحظ أن التزام المرافق العامة يعالج من ناحيتين ، فهو بالنسبة إلى العلاقة بين مانح الالتزام (الحكومة أو الهيئات البلدية) والملتزم يخضع لأحكام القانون الإداري ، لأن ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللائحة ، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدني . أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم والمنتفعين كما هو الحال مثلا في علاقة شركة المياه بالمستهلكين ، فهذه العلاقة تخضع لأحكام القانون المدني ، ولم تكن منظمة بالتقنين الحالي (القديم) ، فرأى المشروع أن ينظمها ، وخيراً فعل للقضاء على كثير من الخلاف في تكييف هذه العلاقة »[1] . ويظهر بجلاء من النصوص التي اشتمل عليها المشروع التمهيدي للتقنين المدني أن العقد المدني المبرم بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر في عقد الالتزام الإداري المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية . فنصوص المشروع

= النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٩٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٥ – ص ٧٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٦٦٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٨٩٢ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني لم ترد فيه نصوص في الالتزامات المرافق العامة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٣ – ص ٧٤ – وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ في الهامش .

التمهيدى صريحة فى هذا المعنى ، كما هى صريحة فى أن عميل المرفق العام إنما يخضع بتعاقده مع الملتزم لشروط موحدة يقررها عقد الالتزام وهو من وضع الجهة الإدارية التى تعاقدت مع الملتزم . فقد جرت المادة ٩٠٦/٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويكون هذا العقد الإدارى (عقد الالتزام) هو المهيمن على ما يبرمه المقاول مع عملائه من عقود ، فيوجب على الملتزم أن يؤدى الخدمات التى يتكون منها هذا المرفق إلى العملاء الحاليين ومن يستجد منهم ، لقاء ما يدفعونه من جعل تحدده قائمة الأسعار التى تقررها جهة الإدارة »[١] . وجرت المادة ٩٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « فى المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة ، تنشأ الحقوق والالتزامات ما بين المقاول وعملائه من إذعان العميل الذى يريد استخدام المرفق العام لشروط موحدة تقرر هذه الحقوق والالتزامات ، وتكون من وضع المقاول نفسه ، أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول نفسه ، أو من وضع الجهة الإدارية التى يتبعها المقاول فى إدارته للمرفق العام » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يذكر سبب للحذف[٢] ، ويبدو أن الحذف يرجع إلى الرغبة فى تجنب إيراد المذاهب الفقهية فى التشريع .

ولما كان العقد بين العميل والملتزم يخضع للنظام المقرر فى عقد الالتزام ، فإنه يخضع تبعاً لذلك لمبادئ عامة يقوم عليها عقد الالتزام نفسه . وهذه المبادئ فرضتها نصوص التقنين المدنى وأوجبت العمل بها ، سواء تضمنها عقد الالتزام أو لم يتضمنها ، بل حتى لو نص عقد الالتزام على خلافها ، فهى مبادئ تعتبر من النظام العام ، وتفرض نفسها على كل من عقد الالتزام والعقد بين العميل والملتزم . وهذه المبادئ الأساسية — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « تكوّن ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعى للمرافق العامة»[٣]

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٢ — وانظر آنفاً فقرة ١٦٠ فى الهامش وفقرة ١٦٤ فى آخرها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧١ — ص ٧٢ فى الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٩ فى الهامش — وانظر استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٩ — ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ رقم ٢٥ ص ٣١ .

وتتعلق هذه المبادئ بالأسعار التى يتقاضاها الملتزم من العملاء ، وبكفالة استمرار المرفق وانتظامه ومسايرته للتطور ، وبكفالة المساواة بين العملاء . فنبحث هذه المبادئ الثلاثة ، ثم نبحث ما وضعه القانون تحت تصرف عميل المرفق العام من جزاء يستطيع به أن يفرض على الملتزم احترام هذه المبادئ .

§ ١ ــ أسعار الخدمات التى يؤديها المرفق العام

١٦٩ ــ *نصوص قانونية* : تنص المادة ٦٧١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ ــ يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها » .

« ٢ ــ ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها ، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانها ، وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراطات فى المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص فى الأجور ، وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة » .

وتنص المادة ٦٧٢ من التقنين المدنى على ما يأتى » :

« ١ ــ كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح » .

« ٢ ــ فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٦٧١ : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم ترد فيه عبارة « التى قررتها السلطة العامة » فى صدر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص ، وصار =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن أحكامها كان معمولا بها فيما عدا سنة التقادم ، لاتفاقها مع القواعد العامة .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٣٧ — ٦٣٨ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٧٠ — ٦٧١ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٩٥ — ٨٩٦ — ولا مقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (١) .

١٧٠ — مصدر القوة الإلزامية للأسعار هو السلطة الإدارية مانحة الالتزام : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ٩٠٧ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « ١ — مهما يكن نصيب الملتزم فى تحديد الأسعار التى يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام ، أو فى اقتراحها ، أو مناقشتها ، فإن ما يجب لهذه الأسعار من احترام يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صدقت عليها . ٢ — وتكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها » . وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ

= رقمه ٧٠١ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت عبارة « التى قررتها السلطة العامة » الواردة فى صدر الفقرة الأولى ، « وذلك تأكيداً للسلطة التى تستمد منها الأسعار قوتها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب على الوجه الذى عدلته إليه لجنته تحت رقم ٧٠٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٤ — ص ٨٦) .

م ٦٧٢ : ورد هذا النص فى المادة ٩٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٠١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٦ — ص ٨٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٧ — ٦٣٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٧٠ — ٦٧١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٨٩٥ — ٨٩٦ (موافق ، فيما عدا أن مدة التقادم فى التقنين العراقى ستة أشهر بدلا من سنة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم ترد فيه نصوص فى التزام المرافق العامة .

« اكتفاء بالقواعد العامة »[1] . والنص تطبيق للقواعد العامة ، فيمكن إعمال حكمه بالرغم من حذفه[2] .

ويخلص من ذلك أن مصدر القوة الإلزامية للأسعار التي يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق ليس هو العقد بين الملتزم والعميل ، بل ليس هو العقد ما بين الملتزم والسلطة الإدارية أي عقد الالتزام ، وإنما هو السلطة الإدارية وحدها . ويستوى فى ذلك أن تكون السلطة الإدارية وضعت هذه الأسعار مبتدئة ، أو اقترحها الملتزم فصادقت عليها ، أو ناقشتها مع الملتزم ثم انتهت إلى إقرارها ، ففى جميع هذه الأحوال تعتبر السلطة الإدارية هى مصدر القوة الإلزامية لهذه الأسعار . ومن ثم تعتبر قوائم الأسعار من عمل السلطة الإدارية ، وتكون لها قوة اللائحة الإدارية وآثارها . ولا تقتصر هذه الآثار على العلاقة فيما بينها وبين الملتزم ، بل تجاوز ذلك إلى العلاقة فيما بين الملتزم وكل عميل ينتفع فعلا بالمرفق أو يستجد بعد ذلك[3] .

ويترتب على هذا أن الأسعار لا تكون لها قوة ملزمة ، ولا يتقيد العميل بها ، إذا لم تقررها السلطة الإدارية أو تصادق عليها . فلو أن السلطة الإدارية قررت سعراً معيناً للخدمات التى يؤديها المرفق فى حدود مقررة بعقد الالتزام ، فلا يجوز للملتزم أن يدخل تعديلا على هذا السعر[4] ، ولو لم يتعد بهذا التعديل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، مالم يحصل على تصديق السلطة الإدارية على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٧ فى الهامش وص ٨٠ فى الهامش .

(٢) وتنص المادة ٨٩٤ مدنى عراقى على أن « تعريفات الأسعار التى يجب أن يؤديها عملاء المرفق العام تستمد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها أو تصديقها عليها » .

(٣) ويكون لهذه الأسعار صفة الرسوم (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

(٤) ولو كان هذا التعديل فى الأسعار فى صورة حد أدنى لاستهلاك المشترك فى المياه فإن نزل الاستهلاك عن هذا الحد وجب على المشترك دفع الحد الأدنى ، وذلك لأن وضع حد أدنى للاستهلاك ينطوى على معنى زيادة السعر فيما إذا كان المشترك لم يستهلك الحد الأدنى المفروض (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩١٧ م ٣٩ ص ١٧٧) . ويعد تعديلا فى الأسعار لا يجوز إلا بموافقة الجهة الإدارية أن تجعل شركة المياه الأجر بحسب العداد بعد أن كان أجراً ثابتاً جزافياً (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١) ، أو أن تطالب بتأمين من المشتركين بأجر جزافى (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨١) .

هذا التعديل ، وقبل هذا التصديق لا يكون التعديل ملزماً لعملاء المرفق . وهذا هو المبدأ الذى سارت عليه محكمة الإسكندرية المختلطة[1] ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة لم تقرها عليه[2] . وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد نص المادة ٩٠٧ من المشروع ، هذا المبدأ فى إسهاب ، بعد أن استظهرت الخلاف ما بين محكمة الإسكندرية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة وأخذت بقضاء المحكمة الأولى ، فقالت : « يقرر هذا النص (م٩٠٧ من المشروع) ما جرى عليه القضاء والفقه فى فرنسا من أن مصدر الالتزام فى قائمة الأسعار إنما يرجع إلى أن السلطة العامة هى التى حددتها أو صادقت عليها . وعلى هذا النحو يقطع المشروع برأى فى مسألة أثيرت أمام القضاء المصرى بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية وأحد عملائها : هل يجوز للملتزم المرفق العام ، دون أن يتعدى الحدود المقررة بعقد الالتزام ، أن يدخل على الأسعار تعديلا يلزم به الجمهور بغير حاجة لتصديق السلطة العامة ؟ وقد اختلفت وجهات النظر فى هذه المسألة بين محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ومحكمة الاستئناف المختلطة ، فقررت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بتاريخ ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦) أنه لا يجوز للشركة أن تعدل فى قائمة الأسعار دون تدخل البلدية ، إذ لابد من أن تراقب السلطة العامة التعديل الحاصل وتتبين مدى تمشيه مع الحدود المقررة بعقد الالتزام قبل أن تصدق عليه ، لأنه من جهة لا يجوز أن يترك للشركة وحدها تقرير ذلك ، كما أنه من جهة أخرى ليس لدى الجمهور من المستندات والوسائل ما يمكنه من التحقق من مشروعية هذا التعديل . على أنه يجوز مع ذلك أن تلجأ الشركة صاحبة الامتياز إلى القضاء ، إذا ما رفضت السلطات العامة أن تصدق على تعديل مشروع . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقدقررت بحكمها الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٢٤ (جازيت ١٤ ص ٢١٧ رقم ٣٣٩) أنه لايلزم تصديق جهة الإدارة على تعديل تجريه الشركة داخل الحدود المقررة بعقد الالتزام ، إذ ليس من حقها رفض مثل هذا التعديل . إنما على أى حال تلتزم الشركة بأن تقدم للسلطة العامة كل البيانات اللازمة فيما يتعلق بسير المرفق العام

(١) الإسكندرية المختلطة ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ٣٣٣ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٤ جازيت ١٤ رقم ٣٣٩ ص ٢١٧ .

وعلاقاتها مع العملاء ، حتى تستطيع أن تستعمل جدياً حقها فى الرقابة وحماية المصلحة العامة . والمشروع يقر ضمناً رأى محكمة الإسكندرية المختلطة ولا يأخذ برأى محكمة الاستئناف المختلطة ، لأنه من المقرر الآن أن العقود التى تعقدها السلطات العامة لتنظيم المرافق العامة تختلف حتما من بعض النواحى عن العقود التى يعقدها الأفراد فيما بينهم ، وأن هناك مبادئ أساسية تكوّن ما يمكن أن نسميه بالقانون الطبيعى للمرافق العامة (ومحكمة الاستئناف المختلطة نفسها كثيراً مارددت هذا المبدأ فى أحكامها : ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ ب ٤١ ص ٤٤٩ — ١٠ يناير سنة ١٩٣٧ ب ٤٥ ص ١١٣ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣١ ن ٢٥) . ومن بين هذه المبادئ الأساسية مبدأ أن الاحترام الواجب للأسعار التى يؤديها عملاء المرفق العام ، مهما كان تدخل الملتزم فى تحديدها أومناقشتها ، إنما يرجع إلى إقرار السلطة العامة لها . وهو مبدأ مقرر فى فرنسا (چيز Jèze : النظرية العامة للعقود الإدارية الطبعة الثالثة الجزء الثانى ص ٥٥٦ — چوسران Josserand : عقد النقل ن ١٢٣ ومابعدها و٢٣٥ وما بعدها) ، وقد طبقه مجلس الدولةمراراً (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ شركة ترام بوردو : مجموعة أحكام مجلس الدولة ص ٩٩٧) وكذلك محكمة النقض الفرنسية (٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سيريه ١٨٩٧ — ١ — ١٩٠) ، كما أنه مقرر أيضاً منذ الربع الأخير من القرن الماضى فى كل من القانونين الإنجليزى والأمريكى (انظر چوسران : عقد النقل ن ١١٧ — ١٢١) »[١] .

١٧١ — الأسعار التى قررتها السلطة الإدارية لها قوة القانون ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٧١ مدنى تنص على أن « يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها » . وهذا المبدأ مستفاد مما قدمناه من أنه إذا قررت السلطة العامة الأسعار أو صدقت عليها « تكون لقوائم هذه الأسعار قوة اللائحة الإدارية وآثارها »[٢] . فمتى استوفت الأسعار الشرط الأساسى ، وهو إقرار السلطة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٨ — ص ٧٩ فى الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٩ فى أولها .

الإدارية لها ، كانت لها قوة القانون فى جميع العقود التى يبرمها الملتزم مع عملاء المرفق، الحاليين منهم واللاحقين . ولا يجوز للمتعاقدين — الملتزم والعميل — أن يتفقا على سعر يخالف السعر الذى أقرته السلطة الإدارية ، لا بالزيادة ولا بالنقص . ولا يستثنى من ذلك إلا حالة واحدة ، وهى التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى حيث تقول : « ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت له شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين » . فهنا نجد أنه يجوز الاتفاق على تخفيض السعر الذى قررته السلطة العامة ، بل يجوز الاتفاق على الإعفاء منه ، بشرط أن يكون ذلك لا لشخص معين بالذات ، بل لطائفة من الأشخاص توافرت فيهم شروط معينة . وسيأتى تفصيل ذلك[1] .

ويترتب على أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأسعار التى قررتها السلطة العامة ، أنه إذا انحرف المتعاقدان عن هذه الأسعار فاتفقا على ما يخالفها زيادة أو نقصاً ، كان الاتفاق باطلا ووجب التقيد بالأسعار المقررة . ومن باب أولى إذا وقع غلط فى تطبيق الأسعار المقررة ، فزاد السعر أو نقص نتيجة لهذا الغلط عما هو مقرر ، لم يعتد بذلك ووجب تصحيح الغلط والرجوع إلى السعر المقرر . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٦٧٢ مدنى تقول فى هذا المعنى : «كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح » .

فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، بأن دفع هذا سعراً أزيد من السعر المقرر ، كان له أن يسترد الزيادة ، حتى لو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك[2] . أما إذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة الملتزم ، بأن دفع العميل سعراً أقل من السعر المقرر ، كان للملتزم أن يستكمل من العميل ما نقص عن السعر المقرر ، ولو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك . ويتقادم حق العميل فى استرداد الزيادة ، وكذلك حق الملتزم فى استكمال النقص ،

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٧٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢ .

بمضى سنة من وقت قبض الملتزم للأجرة التى وقع فيها انحراف أو غلط .
وهذه الأحكام تقررها فى وضوح الفقرة الثانية من المادة ٦٧٢ مدنى إذ تقول كما رأينا : « فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق فى الحالين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التى لا تتفق مع الأسعار المقررة » .

١٧٢ — جواز إعادة السلطة الإدارية النظر فى الأسعار المقررة : قدمنا أن السلطة الإدارية لا تملك فحسب تقرير أسعار المرفق العام ، بل تملك أيضاً إعادة النظر فى هذه الأسعار وتعديلها بالزيادة أو بالنقص إذا وجد من الأسباب ما يستدعى ذلك . وقد نصت المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة صراحة على ذلك إذ تقول : « يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية ، مبنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام »[1] .

فإذا جدت ظروف تجعل الأسعار التى سبق أن قررتها السلطة الإدارية لا تكفى لمواجهة نفقات المرفق العام وما يكون للملتزم من حق مشروع فى جنى ربح معقول يتوقعه من استغلاله لرأس ماله فى إدارة المرفق ، وأخص هذه الظروف وأبرزها هى الظروف الطارئة التى تجعل إدارة المرفق بالأسعار

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٥ — وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : « إذا كان الالتزام عقد لمدة طويلة ، فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير ، وهذه القوائم هى التى تحدد جزاء الملتزم ، وهو عبارة عن إتاوات بأذن مانح الالتزام للملتزم بتحصيلها من الأفراد الذين ينتفعون بالمرفق العام . ومن الجائز بعد مضى وقت معين أن تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة ، إما لأنها لا تكون كافية لجزاء الملتزم ، وإما لأنها تنقلب عبئاً ثقيلا يبهظ المنتفعين بالمرفق العام . وحرصاً على تلافى هذا التنافر وعلى الإقلال بقدر الإمكان مما يثيره هذا الموضوع غالباً من منازعات ، رؤى فى المادة الثانية تقرير مبدأ إعادة النظر الدورى فى الأسعار كقاعدة عامة ، وترك تحديد ضوابط تطبيقها التى تختلف بحسب طبائع الالتزامات إلى وثائق تلك الالتزامات . وبذلك يمكن تحقيق تناسب شبه آلى بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة فى وقت معين ، ويكون ذلك التناسب تارة فى مصلحة الملتزم حين تقضى إعادة النظر إلى زيادة الأسعار ، وتارة فى مصلحة المنتفعين إذا أدت تلك الإعادة إلى خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها » .

الأصلية مرهقة للملتزم ، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر فى هذه الأسعار وتزيدها زيادة عادلة . وإذا جدت ظروف ، على العكس من ذلك ، تجعل الأسعار الأصلية من شأنها أن تحقق للملتزم أرباحاً تفوق الأرباح المعقولة التى كان يتوقعها ، جاز للسلطة الإدارية أن تعيد النظر فى الأسعار وتنقصها إلى الحد المعقول بحيث يستبقى الملتزم ربحاً عادلا لرأس المال الذى يستغله فى المرفق .

وسواء كان تعديل الأسعار بالزيادة أو بالنقص ، فإن هذا التعديل لا يسرى إلا من وقت إقرار السلطة الإدارية له ، لأن هذه السلطة هى كما قدمنا مصدر القوة الملزمة للأسعار . ومن وقت هذا الإقرار تسرى الزيادة أو النقص فى الأسعار على كل عميل يبرم عقداً جديداً مع الملتزم ، بل وتسرى بأثر فورى على كل عميل أبرم عقداً مع الملتزم قبل ذلك مادام هذا العقد لا يزال سارياً(١) . فإذا كان عقد العميل مدته سنتان مثلا ، وبعد السنة الأولى أقرت السلطة الإدارية تعديلا فى الأسعار بالزيادة أو بالنقص ، سرى هذا التعديل على العميل فى السنة الثانية الباقية من العقد ، وسرى التعديل أيضاً فى كل عقد جديد يبرمه بعد ذلك . أما السنة الأولى التى انقضت ، فلا يسرى عليها التعديل بأثر رجعى ، ويدفع العميل للملتزم الأسعار الأصلية طوال هذه السنة السابقة على التعديل ، وإذا دفعها لم يسترد من الملتزم الزيادة ولم يستكمل الملتزم منه النقص . وهذه الأحكام نصت عليها صراحة الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ مدنى ، إذ تقول كما رأينا : « ويجوز إعادة النظر فى هذه القوائم (قوائم الأسعار) وتعديلها . فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانها ، ومايكون جارياً وقت التعديل من اشتراطات فى المرفق العام يسري عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص فى الأجور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة » .

§ ٢ – استمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور

١٧٣ – واجب الملتزم الجوهرى : قدمنا أن الالتزام الجوهرى الذى

---

(١) يونار ص ٥٧٩ – ص ٥٨٠ .

يقع على عاتق الملتزم هو إدارة المرفق . ويتضمن ذلك أن يكفل للمرفق الاستمرار (continuité) والانتظام (régularité) والقابلية لمسايرة التطور (adaptabilité à l'évolution)[(١)].

فلا يجوز أن تنقطع خدمات المرفق . فإذا كان مرفق مواصلات مثلا عن طريق السكة الحديدية أو الترام أو الأوتوبيس، وجب على الملتزم أن يداوم على تسيير المرفق فلا تنقطع هذه المواصلات ويحرم منها المنتفعون بها . ولا يكفى تسيير المرفق باستمرار ، بل يجب تسييره أيضاً بانتظام ، بحيث تقوم المركبات فى مواعيدها المحددة وينتظم سيرها ، فلا يفاجأ عميل المرفق بأن خطاً من خطوط المواصلات قد عطل أو أن مركبة لم تقم فى ميعادها . ويجب أخيراً أن يكون المرفق قابلا للتغيير بحيث يساير التطور . فإذا رأت الإدارة أن الضغط قد اشتد على المواصلات موضوع الالتزام ، جاز لها أن تعدل من نظام المرفق ، فتزيد عدد المركبات وتغير المواعيد وتعدل الأسعار ، بحيث تتمشى خدمات المرفق مع ما تقتضيه مصالح الجمهور المتطورة .

وإذا كان المرفق متعلقاً بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء ، وجب على الملتزم أن يكفل للعملاء استمرار توريد هذه المرافق فلا تتعطل ، وانتظامها فلا تختل[(٢)] . ويجب أيضاً أن يكفل مسايرتها للتطور ، فإذا أعطيت شركة التزام إنارة إحدى المدن ، وكان الشائع وقت إعطائها الالتزام أن تكون الإنارة بالغاز ، ثم اقتضى التطور أن تكون الإنارة بالكهرباء ، جاز للإدارة أن تعدل من نظام المرفق وتفرض على الشركة أن تكون الإنارة بالكهرباء ، مع تعديل الأسعار بما يتفق مع تكاليف الإنارة الجديدة .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص يوجب على الملتزم أن يكفل الاستمرار فى أداء الخدمات التى يتكون منها المرفق ، بما يتضمنه معنى الاستمرار من معنى الانتظام ومعنى التطور . فكانت المادة ٩١٢

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٥٩ وفقرة ١٦٣ .

(٢) ولا يجوز لشركة المياه أو الغاز أو النور أن تقطع عن المشترك التوريد من تلقاء نفسها ، بل يجب أن تلجأ إلى القضاء فى ذلك (استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٧ – يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٩) . ولا يجوز لها أن تمتنع عن أداء خدمة المرفق لأى شخص قام بالشروط اللازمة للانتفاع بهذه الخدمة ودفع الرسوم الواجبة (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

من المشروع تنص على ما يأتى : « على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك أن يكفل الاستمرار فى أداء الخدمات التى يتكون منها المرفق ويكون مرتبطاً بذلك ، ليس إزاء الجهة التى منحته الالتزام وحدها ، بل إزاء كل شخص أبرم معه عقداً فردياً » . وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإدارى »(١) . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ولمبادئ القانون الإدارى ، فإنه يعمل بأحكامه كما رأينا بالرغم من حذفه(٢) .

١٧٤ — مسئولية الملتزم عن استمرار المرفق وانتظامه — نص قانونى :

تنص المادة ٦٧٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق » .

« ٢ — ولملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته ، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع فى هذه الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى »(٣) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٩ — ص ٩٠ فى الهامش .

(٢) وتنص المادة ٨٩٧ مدنى عراقى على أن « ملتزم المرفق المتعلق بتوزيع الماء أو الغاز أو الكهرباء أو القوى المحركة وما شابه ذلك ملزم بالاستمرار فى أداء الخدمات التى عهد بها إليه تجاه الحكومة وتجاه كل شخص أبرم معه عقداً فردياً » .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩١٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة أخيرة تجرى على الوجه الآتى : « ويكون باطلا كل شرط يعفى أو يحد من المسئولية المنصوص عليها فى المادة ٩١٢ » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، وصار =

ويتبين من هذا النص أن الملتزم مسئول عن استمرار المرفق العام وانتظامه ، لا بموجب العقد بينه وبين العميل فحسب ، ولا بموجب عقد الالتزام فحسب ، بل أيضاً بموجب نص القانون والمبادئ العامة المقررة فى القانون الإدارى . وتعتبر هذه المسئولية من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٦٧٣ مدنى سالف الذكر يشتمل على فقرة فى هذا المعنى تجرى على الوجه الآتى : « ويكون باطلا كل شرط يعفى أو يحد من المسئولية المنصوص عليها فى المادة ٩١٢ » . والمادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى التى يشير إليها النص هى التى كانت توجب على الملتزم الاستمرار فى أداء الخدمات التى يتكون منها المرفق ، وقد حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة وقواعد القانون الإدارى »(1) . ويلاحظ أن الفقرة التى كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٧٣ مدنى يشتمل عليها ، وهى الفقرة التى تقدم ذكرها ، قد حذفت فى لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب الحذف(2) . ولا يرجع ذلك إلى حذف المادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى ،

= رقم النص ٧٠٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٠٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت فى الفقرة الثانية عبارة « حادثاً مفاجئاً » بعبارة « قوة قاهرة » الواردة فى عبارة « ويعتبر الإضراب قوة قاهرة » وذلك « لأن الإضراب ليس قوة قاهرة بل هو حادث مفاجئ » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٧٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٨ – ص ١٠٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن النص ليس إلا تطبيقاً « للمبادئ العامة فى المسئولية عن المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة » (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٧٢ (مطابق ، فيما عدا أن نص التقنين الليبى يسقط العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهى « وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى ») .

التقنين المدنى العراقى م ٨٩٩ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لم ترد فيه نصوص فى التزام المرافق العامة .

(1) انظر آنفاً فقرة ١٧٢ .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩١ وص ٩٧ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

فإن هذه المادة لم تحذف إلا فى لجنة مجلس الشيوخ . والظاهر أن النص قد سقط سهواً ، على أن سقوطه لا يغير من حكمه ، فإنه تقرير للقواعد العامة التى تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة ما هو متعلق بالنظام العام[1] .

فإذا وقع عطل أو خلل فى تأدية المرفق لخدماته ، فإن كان هذا العطل أو الخلل مألوفاً ولمدة قصيرة ، كما لو نشأ عن الصيانة المألوفة للأدوات التى يدار بها المرفق ، لم يعتبر هذا إخلالا من الملتزم بواجباته ولا محل لمسئوليته عن ذلك . وفى هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٦٧٣ مدنى سالفة الذكر كما رأينا : « على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرفق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة ، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق » .

أما إذا كان العطل أو الخلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته ، فإن هذا يعد إخلالا من الملتزم بواجباته ، ويكون مسئولا عنه لا تجاه السلطة الإدارية فحسب ، بل أيضاً تجاه عملاء المرفق . ولا يستطيع أن يدفع المسئولية عنه بإثباته أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى إدارة المرفق ولم يرتكب خطأ أو تقصيراً ، فإن العطل أو الخلل الذى يزيد على المألوف هو ذاته الخطأ[2] . وإنما يستطيع دفع المسئولية بإثباته القوة القاهرة . والقوة القاهرة هنا إما أن تكون خارجة عن إدارة المرفق كأن تخرب غارة جوية فى أثناء الحرب أجهزة المرفق ، وإما أن تكون داخلة فى إدارة المرفق كأن تتعطل الآلات أو تنفجر

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص الفقرة المحذوفة : « أما الفقرة الرابعة فالحكمة فى وضعها ظاهرة ، وهى تبدو من قراءة أسباب حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ١٦ يونيه سنة ١٩٢٣ (جازيت ١٣ ص ١٩٦ ن ٣٣٣) فى النزاع الذى كان قائماً بين بلدية الإسكندرية وشركة مياه الإسكندرية . فقد جاء فى أسباب هذا الحكم أن الجمهور لا يستطيع مناقشة الشروط المجحفة الواردة فى العقود المطبوعة التى تفرضها شركات الاحتكار ، وليس له خيار فى القبول أو الرفض ، إذ الأمر يتعلق بمرفق حيوى تحتكره الشركة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٣ – ص ٩٤) .

(٢) ومن باب أولى يكون الملتزم مسئولا إذا ارتكب خطأ (قرب نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٣) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٠٨ – ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٨ – ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ – ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ – ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ – ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ .

وتسمى القوة القاهرة فى هذه الحالة بالحادث المفاجئ كما أطلق عليها النص (م ٢/٦٧٣ مدنى) . وسواء كان الحادث قوة قاهرة أو حادثاً مفاجئاً ، فإنه يجب فى الحالتين ، وطبقاً للقواعد العامة ، أن يكون حادثاً غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع ، أوكما يقول النص « دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه». وتطبيقاً لذلك يعتبر إضراب عمال المرفق حادثاً مفاجئاً — لا قوة قاهرة لأن الحادث داخل فى إدارة المرفق(١)— بشرط أن يثبت الملتزم « أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى » (م٦٧٣/٢ مدنى)(٢) . فيجب إذن ألا يكون هناك خطأ فى جانب الملتزم تسبب عنه الإضراب ، فإذا ثبت أنه لم يف بالتزاماته نحو العمال أو تعسف فى فصل بعضهم ونجم الإضراب عن ذلك ، لم يكن هذا حادثاً مفاجئاً يدفع مسئولية الملتزم . ويجب كذلك أن يثبت الملتزم أن الإضراب كان لايستطيع أن يدرأ نتائجه ، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يستبدل بالعمال المضربين عمالا آخرين يستمرون فى إدارة المرفق ، أوكان يستطيع إدارة المرفق بآلات فى متناوله تغنيه عن العمال المضربين ، أو كان يستطيع تقصير مدة الإضراب بما يصطنعه من يقظة وحزم فى معالجة الموقف ، أو كان يستطيع تلافى نتيجة الإضراب بأية وسيلة أخرى ، كان مسئولا بمقدار ماكان يستطيع تلافيه من ضرر ولم يفعل(٣) .

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) الإسكندرية الجزئية المختلطة ١٠ يناير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ٧٠ ص ٤٨ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه يطلق فى القانون كلمة « حادث جبرى أوقوة قاهرة »على كل حادث مستقل عن إرادة المدين ولم يكن فى وسعه توقعه أو مقاومته . فالحادث يجب أن يكون غير ممكن توقعه ومما لا تمكن مقاومته وليس فى وسع المدين دفع وقوعه أو تلافيه ، ويدخل فى هذا أيضاً عدم التغلب على نتائجه عند وقوعه . وفى الحالة الأولى لا يستطيع المدين منع حصول الحادث ، وفى الحالة الثانية لا يستطيع التخلص من نتائجه . وقد نص التقنين المدنى فى المادة ٦٧٣ على أن لملتزمى المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع فى فترة الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . ويعتبر المدين مسئولا إن كان من الممكن توقع ما اعترضه من صعاب واتخاذ التدابير اللازمة لملافاتها ، وكذلك إن لم يعمل كل ماكان يجب عليه للتغلب على الصعاب =

§ ٣ – المساواة بين العملاء

١٧٥ — *نص قانوني* : تنص المادة ٦٧٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور » .

« ٢ – ولاتحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أوالإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين » .

« ٣ – وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء مايترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة »[١] .

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم . ولم يسبق للقضاء فى عهد هذا التقنين أن قرر مبدأ المساواة بين العملاء بصفة قاطعة ، كما يظهر ذلك من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما سيجىء[٢] . ولكن مبدأ المساواة بين العملاء مقرر فى القواعد العامة للقانون الإدارى .

= التى اعترضته (مصر الوطنية ٢ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٢٠٠ ص ٣٠١) – وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٦٩٢ ص ٦٠٠ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩١١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية . وأصبح رقم النص ٦٩٩ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الثالثة بإضافة كلمتى « غير مشروع » فأصبحت العبارة كما يأتى : «وكل تمييز غير مشروع لمصلحة أحد العملاء . . » « لأن هناك حالة يكون التمييز فيها مشروعاً فلا يوجب التعويض » . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٦٩٨ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « غير مشروع لمصلحة أحد العملاء » الواردة فى صدر الفقرة الثالثة ، واستعيض عنها بعبارة « يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة » . لكى يكون واضحاً أن التمييز المقصود هو الذى يقع مخالفاً لأحكام الفقرة السابقة » ، وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٦٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٦ – ص ٨٣) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ١٧٦ فى الهامش .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٣٦ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٦٦٩ . وفى التقنين المدنى العراقى م ٨٩٣ – ولا مقابل للنص فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[1] .

١٧٦ – تقرير مبدأ المساواة : يغلب أن يكون ملتزم المرفق العام محتكراً للمرفق ، إما احتكاراً قانونياً (monopole) بأن يكون هو وحده الذى يدير المرفق ويستغله بموجب عقد الالتزام ، وإما احتكاراً فعلياً (privilège) بأن تتعهد السلطة الإدارية ألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التى تمنحها إياه كالترخيصات اللازمة والإعانات وما إلى ذلك[2] . فإذا كان الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، فإن الأفراد لا يستطيعون أن يتعاقدوا مع غيره للحصول على خدمات المرفق . وينجم عن ذلك موقف يجب أن يحمى فيه المنتفعون بالمرفق من تحكم الملتزم وإيثاره بعضهم على بعض ، إما عن طريق أداء خدمات المرفق وإما عن طريق تخفيض الأجور المقررة . ومن ثم كان من المبادئ الأساسية المقررة فى القانون الإدارى أن الملتزم يجب عليه « أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور » (م ٦٧٠ / مدنى) .

وأى تمييز فردى يؤثر به الملتزم أحد العملاء ، كأن يؤدى له قدراً أكبر من الخدمات مما يؤديه لسائر المنتفعين ، أو أن يتقاضى منه أجراً أقل من السعر المقرر فى حين أنه يتقاضى السعر المقرر من سائر المنتفعين ، يكون تمييزاً غير مشروع . ولما كان هذا التمييز من شأنه أن يخل بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة ، إذ هو يمنح شخصاً ميزة فى استعمال المرفق العام لا تتاح لغيره من المنافسين له فى تجارته أو فى صناعته ، فإن هؤلاء المنافسين يضارون بسببه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٦٣٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٦٩ (مطابق) .

التمنين المدنى العراقى م ٨٩٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لم ترد فيه نصوص فى التزام المرافق العامة .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٦٣ .

هذا التميز . ومن ثم يحق لهم أن يرجعوا على الملتزم بتعويض الضرر الذى أصابهم من جراء ذلك ، كما يحق لهم إجبار الملتزم على أن ينفذ التزامه من وجوب مراعاة المساواة بين جميع العملاء تنفيذاً عينياً ، فيكف عن إيثار بعض العملاء وتمييزهم عن الآخرين تمييزاً غير مشروع . والمقصود بالتمييز غير المشروع هو التمييز الذى يمنح على خلاف ما تقضى به المادة ٢/٦٧٠ مدنى سالفة الذكر ، وهى تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه بصفة شخصية ميزات يرفض منحها للآخرين ، وسيأتى بيان ذلك[1] . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٧٠ مدنى صراحة على هذا الحكم كما رأينا ، إذ تقول : « وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة (الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدنى) يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة » .

ومبدأ المساواة بين العملاء هو كما قدمنا من المبادئ المقررة فى القانون الإدارى ، وهو مبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل فى البلاد الصناعية بوجه خاص . وكان من المظاهر الأولى لتدخل السلطة الإدارية فى تنظيم المرافق العامة حتى تحقق المساواة التامة بين المنتفعين . ولم يسبق للقضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم أن قرره بصفة قاطعة[2] ، فأورد فيه التقنين المدنى الجديد نصاً واضحاً كما رأينا حتى يمتنع أى شك فى وجود تطبيقه[3] .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ١٧٧ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز لشركة المياه أن تفرض على عميل لها طريقة الاشتراك بالعداد أو طريقة الاشتراك بمبلغ جزافى ، وإلا كان فى ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين العملاء ، والعميل هو الذى يختار بين الطريقتين (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يقرر هذا النص مبدأ المساواة بين العملاء ، وهو مبدأ لم يسبق للقضاء المصرى أن قرره بصفة قاطعة ، وإن كانت محكمة الاستئناف المختلطة قد أشارت إليه فى بعض أحكامها (٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ ب ١١ ص ٢٤٩ - ٢٦ يونيه سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٤٩٩) . فقد حكمت مثلا بأنه لا يجوز للشركة التى تتولى مرفقاً عاماً أن ترفض طلبات الاشتراك المقدمة من الجمهور ، أو أن تنهى اشتراكات قائمة ، إلا بناء على أسباب جدية » . كذلك قررت أنه على الملتزم بمرفق متعلق بتوزيع الغاز أو الكهرباء ، أن يؤدى خدماته لكل من يطلبها على طول خطوط توزيع الغاز أو الكهرباء . على أن المبدأ مقرر ثابت منذ أمد طويل فى البلاد الصناعية الهامة ، وربما كان من أول مظاهر تدخل السلطات فى تنظيم المرافق —

١٧٧ — ما يرد على مبدأ المساواة من استثناء : ويستثنى من مبدأ المساواة المتقدم الذكر أن يمنح الملتزم طائفة من الأشخاص معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها . ولكن يشترط لصحة ذلك ألا تمنح هذه الميزات لأشخاص بذواتها ، بل لمجموعة من الأشخاص تتوافر فيها شروط معينة ، على أن ينتفع بالميزات الممنوحة كل من يطلب ذلك ممن توافرت فيه هذه الشروط . مثل ذلك أن يمنح الملتزم بطريق من طرق المواصلات تخفيضاً فى الأجور لتلاميذ المدارس وطلبة المعاهد العلمية . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح شركة السكة الحديدية الإعفاء من دفع الأجر لموظفيها أو لمن يستوفى شروطاً معينة من هؤلاء الموظفين . وواضح أن الاستثناء على هذا الوجه استثناء ظاهرى ،

= العامة ، وانتقال هذه المرافق من طور التنظيم الحر إلى تنظيم تشرف عليه السلطة العامة ، فتتولى على الأخص وضع قوائم الأسعار ، وتراعى فيها المساواة التامة بين العملاء ، سواء فى الخدمات أو فى تقاضى الأجور . وقد طبق هذا المبدأ أولا فى شركات السكك الحديدية . فقد كانت هذه الشركات فى الولايات المتحدة تفرق فى المعاملة بين عملائها ، مما أدى إلى إصدار قانون ٤ فبراير سنة ١٨٨٧ الذى أنشأ مجلساً كان من أول واجباته القضاء على هذه المفارقات . وفى سنة ١٩٠٦ منح هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أى تمييز فى المعاملة ، على أنه يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء . وعلى هذا النمط أنشئت فى ولايات الاتحاد الأمريكى مجالس تتولى الإشراف على المرافق العامة وتحديد الأسعار ، تحت إشراف السلطة القضائية . كذلك أنشأ قانون ٢١ يوليه سنة ١٨٧٣ فى انجلترا مجلساً للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنع الميزات غير المشروعة التى تمنحها الشركات لبعض العملاء . كما أنه فى فرنسا يعتبر القضاء الفرنسى هذا المبدأ من المبادئ الأساسية ، فلا يجيز للملتزم المرفق العام أن يستغل احتكاره ليميز بعض العملاء على الآخرين ويخل بذلك بالمنافسة الحرة . وكثيراً ما قررت عقود الالتزام ذلك صراحة فى فرنسا ، وحكم القضاء بالتعويض فى حالة الإخلال بالمبدأ (چوسران Josserand عقد النقل الطبعة الثانية ١٩٢٦ ن ١٨٠ و ٢٢٥) ، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء فى كثير من أحكامها (١٩ يونيه سنة ١٨٥٠ داللوز ١٨٥٠ — ١ — ١٩٧ و ٧ يوليه سنة ١٨٥٢ داللوز ١٨٥٢ — ١ — ٢٠٤ و ٣١ ديسمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ١٨٦٧ — ١ — ١٥٦ و ٢١ أبريل سنة ١٨٦٨ داللوز ١٨٦٨ — ١ — ٢٢٢ و ١٨ يناير سنة ١٨٧٠ داللوز ١٨٧٠ — ١ — ٢٦٧ و ٣ فبراير سنة ١٨٧٠ داللوز ١٨٧١ — ١ — ٢٦٩) . ولم تعتد الأحكام المختلفة كثيراً بالصعوبة القائمة من حيث تقرير الضرر الواقع فى هذه الحالة ، بل إن بعضها قرر وجوب حل هذا الإشكال على حساب الشركة لأنها تسببت فى الضرر (استئناف باريس ١٣ أبريل سنة ١٨٦٧ داللوز ١٨٦٩ — ١ — ٣٧١) . على أن المبدأ لم يقتصر على مرفق السكة الحديدية ، بل امتد إلى كل التزامات المرافق العامة ، وأصبح مقرراً أن من واجب الملتزم ، كما من واجب السلطة التى تمنح الامتياز ، أن تحقق المساواة التامة بين العملاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٧٨ — ص ٨١) .

فتخفيض الأجر أو الإعفاء منه لا يمنح لشخص أو لأشخاص بالذات مما يخل بالمساواة بين العملاء ، وإنما يمنح لمجموعة من الأشخاص لا تتعين بذواتها بل بشروط معينة تتوافر فيها ، وهذا ليس من شأنه أن يخل بالمساواة بين عميل بالذات وعميل آخر . وكأن الملتزم يتقاضى أجرين ، أجراً مخفضاً من مجموعة من الأشخاص لا يميز فيهم بين شخص وآخر ، وأجراً عادياً من بقية الناس لا يميز أيضاً فيهم بين شخص وآخر ، وهذا كله دون أن يجاوز الحد الأقصى للأسعار التي قررتها السلطة الإدارية[1] .

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ مدني سالفة الذكر أن تخفيض الأجور أو الإعفاء منها على هذا الوجه لا يخل بمبدأ المساواة ، فقالت كما رأينا : « ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين » .

§ ٤ – الجزاء

١٧٨ – الجزاء المدني : بين العميل والملتزم عقد مدني كما قدمنا ، يرتب للعميل حقوقاً ذاتية (droits subjectifs) تجاه الملتزم هي ألا يدفع أكثر من الأجر الذي قررته السلطة الإدارية في حدود القانون ونظام المرفق العام ، وأن يكفل له الملتزم استمرار خدمات المرفق وانتظامها ومسايرتها للتطور ، وأن يحقق له المساواة التامة بينه وبين سائر عملاء المرفق . بل إن هذه الحقوق الذاتية يستمدها العميل ، ليس فحسب من العقد المبرم بينه وبين الملتزم ، بل أيضاً من عقد الالتزام المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية ، ثم من القوانين التي تنظم

---

(١) وفي قضية تعهدت شركة غاز بأن تورد الغاز لمصالح الحكومة بسعر أقصى يجوز تخفيضه . وهذا السعر أقل من السعر الأقصى الذي تعهدت أن تورد به الغاز للجمهور . وقد خفضت الشركة السعر الذي تورد به الغاز للجمهور حتى أصبح أقل من السعر الذي تورد به لمصالح الحكومة ، فقضى بأنه لا يجوز للحكومة أن تطلب تخفيضاً مماثلا أو أي تخفيض للسعر الذي تدفعه للشركة (استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣) .

التزام المرافق العامة ، ومن المبادئ العامة المقررة فى القانون الإدارى[1] .

وليس غريباً أن يستمد الشخص حقاً ذاتياً من نظام مقرر ومن لوائح وقوانين معينة بل ومن مبادئ القانون بوجه عام، ويكون هذا الحق الذاتى ليس مصدره العقد بل القانون . ومن ثم يمكن القول بأن لعميل المرفق حقوقاً ذاتية كما قدمنا مصدرها العقد ، وعند سكوت العقد يكون مصدرها القانون .

وعلى أساس هذا الحق الذاتى يجوز لعميل المرفق أن يرفع دعوى أمام القضاء المدنى يطالب فيها الملتزم بحقه ، وفقاً للقواعد العامة المقررة فى القانون المدنى[2] .

فيجوز له أولا أن يطلب التنفيذ العينى . فإذا كان يدفع أجراً لخدمات المرفق يزيد على الأجر القانونى ، جاز له أن يطلب إنقاص الأجر إلى الحد المسموح به قانوناً واسترداد ما دفعه زائداً على ذلك مع الفوائد بالسعر القانونى من وقت المطالبة القضائية بها . وإذا كان عميلا لمرفق من مرافق النور أو الغاز أو المياه ، وانقطعت عنه خدمات المرفق ، جاز له أن يطالب الملتزم بأن يعيد

---

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٨٩١ م ٦ ص ٣٣٩ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٥ — وانظر يونار — ص ٥٧٧ — ص ٥٧٩ حيث ينتقد الفكرة المدنية القائمة على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كثر الجدل القانونى فى تحديد علاقة المنتفع بصاحب الامتياز ، فالمحكمة ترى أنها علاقة تحكمها شروط عقد الامتياز بحيث يجوز للمنتفع مقاضاة صاحب الامتياز إذا ماهو أخل بأحد شروطه التى تمس مصلحة المنتفع مباشرة وكان أصابه ضرر شخصى من هذا الإخلال . ولا يعترض على ذلك بأن السلطة المانحة هى وحدها التى تملك حق المدافعة عن حقوق الأفراد باعتبارها الهيئة المهيمنة على المصلحة العامة ، وأنها دون سواها صاحبة الحق فى الإشراف على إدارة المرفق بموجب عقد الامتياز الذى تبرمه مع صاحبه ، فإن هذا الاعتراض إذا صح فإنما يصح بالنسبة إلى شروط العقد العامة التى لا تمس حقوق المنتفعين الشخصية المستمدة من هذا العقد . أما ما يمس منها هذه الحقوق ، فللمنتفع المضرور حق التمسك بها ومطالبة صاحب الامتياز بتعويضه عن الضرر الذى يناله من جراء الإخلال بها . ومرجع ذلك هو أن للسلطة المانحة فى تعاقدها مع صاحب الامتياز صفة مزدوجة، صفة إدارية فيما تعقده خاصاً بمصلحتها كجهة حكومية وذلك فى حدود قانون الدولة الإدارى ، وصفة مدنية فيما تعقده خاصاً بمصلحة المنتفع بطريق الإنابة العامة المفترضة عنه . والمنتفع باعتباره أصيلا حق التمسك بشروط التعاقد الماسة بمصلحته ، والاعتراض على تعديلها إذا أصابه ضرر من ذلك ما لم تسبقه موافقة السلطة المانحة على هذا التعديل » (استئناف مصر ٤ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٢٨٧ ص ١١٢٦) — وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٦٩٢ ص ٦٠٠ — ص ٦٠١ .

له توريد النور أو الغاز أو المياه باستمرار وفى انتظام وفقاً لما يقضى به نظام المرفق . وإذا عطل ملتزم مرفق المواصلات خطاً من الخطوط أو غير مواعيده بما لا يتفق مع نظام المرفق ، وكان العميل مشتركاً فى هذا الخط ، جاز له أن يطالب الملتزم بإعادة الخط أو بإرجاع المواعيد إلى أصلها حتى تتفق مع مايقضى به نظام المرفق . وإذا أخل الملتزم بواجب المساواة بين العميل وسائر العملاء ، جاز للعميل أن يطالب الملتزم بالكف عن هذا الإخلال وبإعادة المساواة على الوجه الذى يقضى به القانون . ويجوز الالتجاء، للوصول إلى التنفيذ العينى ، إلى طريقة التهديد المالى(١) .

ويجوز للعميل ثانياً أن يطالب بالتعويض عن كل ضرر أصابه من جراء الإخلال بحقوقه المتقدم ذكرها . فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من تعطيل خط المواصلات ، وتعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء الإخلال بالمساواة بينه وبين عملاء المرفق الآخرين . وهناك نص صريح فى هذا المعنى فى صدد التعويض من جراء الإخلال بالمساواة ، فقد رأينا الفقرة الثالثة من المادة ٦٧٠ مدنى تنص على ما يأتى : « وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء مايترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة » .

ويجوز للعميل أخيراً أن يطلب فسخ العقد بينه وبين الملتزم ، وفقاً للقواعد العامة المقررة فى فسخ العقود ، وتقدر المحكمة وجاهة هذا الطلب . ولكن يندر أن يلجأ العميل إلى طلب الفسخ ، لأن الخدمات التى يقدمها له الملتزم خدمات ضرورية له ، والملتزم هو المحتكر لها إما احتكاراً قانونياً أو احتكاراً فعليا . ومن ثم يكون الغالب هو أن يطلب العميل تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً ، مع التعويض عن الضرر.

١٧٩ — الجزاء الإدارى — قضاء الإلغاء : وهناك إلى جانب الجزاء

---

(١) ولكن ليس للعميل أن يلزم الإدارة بالدفاع عن وجهة نظره ، وإنما يكون له هو الحق فى مقاضاة الملتزم مباشرة والمطالبة بحقوقه على الوجه الذى يراه (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٢) .

المدنى جزاء إدارى ، تقرره القواعد العامة فى قضاء الإلغاء فى القانون الإدارى[1] . فإذا صدر من السلطة الإدارية قرار إدارى متعلق بتنظيم المرفق ويكون مخالفاً للقانون ، جاز لكل ذى مصلحة — وليس من الضرورى أن يكون للطالب حق ذاتى بل يكفى مجرد المصلحة ولو كانت مصلحة أدبية — أن يطعن فى هذا القرار المخالف للقانون بالإلغاء أمام القضاء الإدارى . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة من أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . ومازاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن عشرة فى المائة . وتقف زيادة هذا الاحتياطى متى بلغ ما يوازى عشرة فى المائة من رأس المال . ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام » . فلو أن قرارا من السلطة الإدارية خول للملتزم أن يجاوز صافى أرباحه عشرة فى المائة من رأس المال ، كان هذا القرار باطلا لمخالفته للقانون . ويجوز لعميل المرفق أن يطعن فى هذا القرار بالإلغاء أمام القضاء الإدارى ، ومصلحته فى ذلك أن ما زاد من صافى أرباح الملتزم على الحد القانونى ينتقص مما سيخصص فى تحسين المرفق العام أو فى خفض الأسعار ، وكل من تحسين المرفق وخفض أسعاره يعود عليه بالنفع .

ويجوز أن يكون القرار الإدارى المخالف للقانون والذى يطعن فيه العميل قراراً سلبياً ، أى أن السلطة الإدارية تمتنع عن اتخاذ الإجراءات القانونية الواجبة عندما يطلب إليها العميل ذلك . فيصح مثلا ألا تعيد السلطة الإدارية النظر فى قوائم أسعار المرفق عقب كل فترة زمنية لتنظر فى تعديلها لمصلحة المنتفعين بالمرفق ، كما تقضى المادة ٢ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة إذ تقول : « يكون لمانح الالتزام الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية مبنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة

---

(١) بونار ص ٥٨٠ — ص ٥٨١ .

الالتزام » : فيستطيع العميل أن يتقدم إلى السلطة الإدارية مانحة الالتزام بإعادة النظر فى قوائم الأسعار ، فإذا امتنعت عن ذلك كان هذا قراراً سلبياً يجوز للعميل أن يطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإدارى لمخالفته للقانون . ويصح أيضاً أن يكون مرفق المواصلات قد تطور ، فأصبح من الواجب زيادة عدد الخطوط ، أو تعديل المواعيد ، أواستبدال مركبات حديثة بمركبات قديمة ، أو استبدال مركبات « الترولى باس » بمركبات الترام فى بعض الخطوط أو كلها ، أوغير ذلك مما يجعل إدارة المرفق تساير مقتضيات التطور . فيجوز فى هذه الحالة للعميل أن يتقدم للسلطة الإدارية مانحة الالتزام طالباً إليها أن تجعل الملتزم يدخل هذه التعديلات ، ومصلحة العميل فى ذلك ظاهرة . فإذا امتنعت السلطة الإدارية عن اتخاذ الإجراءات اللازمة مع الملتزم لتحقيق هذا الغرض ، كان امتناعها قراراً سلبياً يجوز للعميل أن يطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإدارى لمخالفته للقانون .

٤٨٠ — *متى يكون للعميل صفة فى التقاضى* : وحتى يستطيع العميل التقاضى على النحو الذى قدمناه ، يجب أن تكون له صفة . فى التقاضى أمام المحاكم المدنية للمطالبة بالتنفيذ العينى أوبالتعويض أو بالفسخ ، يجب أن يكون له حق ذاتى (droit subjectif) ، وينشأ هذا الحق من العقد المبرم بينه وبين الملتزم أو من عقد الالتزام أو من القوانين التى تنظم التزام المرافق العامة كما سبق القول . وفى التقاضى أمام القضاء الإدارى للمطالبة بإلغاء القرار الإدارى الباطل ، لا يلزم أن يكون له حق ذاتى ، بل يكفى أن تكون له مصلحة جدية ولو كانت هذه المصلحة أدبية كما أسلفنا .

ولا يجوز فى الحالتين للعميل أن يقاضى إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية ، فليس له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩١٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — ليس للعميل الذى تعاقد مع ملتزم المرفق ، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أواختلت ، أن يقاضى الملتزم إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية . ٢ — ولا يجوز له باسم

جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة[١]» . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يقرر هذا النص المبدأ الذى أخذت به محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة (٢٧ مايو سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٨٥ ن ٣١٨) وأيدتها فيه محكمة الاستئناف المختلطة (٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ١٩٥ ن ٣٣٢)، وذلك بمناسبة نزاع بين شركة مياه الإسكندرية وأحد عملائها . وقد قررت المحكمة أنه ليس للعميل أية صفة لتمثيل مجموع العملاء قبل الشركة ، فليس له أن يطالبها إلا بما يمس حقوقه هو شخصياً بمقتضى العقد المبرم بينهما »[٢]. وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة « مع ملاحظة أنه لا يراد بالحذف عكس هذا الحكم »[٣] .

ولكن يجوز أن تتألف جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حى معين أو طائفة معينة من الناس ، وتكون لها الشخصية المعنوية ، فتقاضى باسم الجماعة التى تمثلها وتكون لها صفة فى التقاضى[٤] .

---

(١) وتنص المادة ٨٩٨ مدنى عراقى على ما يأتى : « للعميل الذى تعاقد مع ملتزم المرفق ، إذا تعطلت خدمات هذا المرفق أو اختلت ، أن يقاضى الملتزم إلا فيما يخص مصلحته الشخصية ، وليس له أن يرفع الدعوى باسم جمهور العملاء » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨١ فى الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٨٢ فى الهامش .

(٤) انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٩٤ .

الفصل الثاني

أنواع أخرى من المقاولات

١٨١ — بعض المقاولات الكثيرة الوقوع فى العمل : نتناول بعض المقاولات الكثيرة الوقوع فى العمل ، دون أن نفيض القول فيها فهى تخضع بوجه عام للقواعد التى سبق أن بسطناها فى عقد المقاولة ، ونقتصر هنا على بحث خصائصها الرئيسية .

وقد اخترنا أربعاً من هذه المقاولات : عقد النشر ، وعقد النظارة ، والعقد مع رجل الأعمال ، وعقد الإعلان[1] .

---

(١) أما عقد النقل ، وهو عقد هام من عقود المقاولة ، فمحله القانون التجارى . وإذا كان التقنين المدنى الفرنسى قد أورد فيه عدداً قليلا من النصوص وتركه بعد ذلك إلى التقنين التجارى ، فإن التقنين المدنى المصرى — القديم والجديد — لم يعرض له إطلاقاً ، تاركاً إياه جملة واحدة للتقنين التجارى . وقد أفرد له التقنين التجارى المصرى فصلا خاصاً به « فى الوكالة بالعمولة للنقل وفى أمناء النقل والمراكبية ونحوهم » (م ٩٠ — ١٠٤ تجارى) . وقد أورد المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد بعض النصوص فى المرافق المتعلقة بالنقل البرى (م ٩١٥ — ٩٣٠ مكررة ثالثاً من المشروع) ، ولكن هذه النصوص حذفت فى لجنة المراجعة « لأنها تقرر أحكاماً خاصة بأمناء النقل ، بعضها وهو الخاص بالنقل بواسطة السكك الحديدية تنظمه لوائح قائمة فعلا ، والبعض الآخر يحسن تنظيمه بتشريعات خاصة ، لأن حركة النقل فى تطور مستمر من شأنه ألا يضمن لهذه الأحكام الثبات وهو شرط لازم لأحكام المجموعة المدنية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٩٠ — ص ١٠٢ فى الهامش) . وبعد حذف هذه النصوص ، أصبح عقد النقل باقياً فى مكانه الطبيعى وهو التقنين التجارى .

وكذلك عقد الأشغال العامة (marché des travaux publics) لا يتميز عن عقد المقاولة إلا فى خصائصه الإدارية ، من نحو التعاقد عن طريق المناقصات العامة وإمكان توقيع الجزاءات دون حكم وتنفيذ العقد جبراً على المقاول بطريق الريجى ومسئولية الإدارة نحو الغير ورجوعها على الغير بما جناه من فائدة بسبب الأعمال التى قامت بها . وكل ذلك من مباحث القانون الإدارى ، لذلك يكون المكان الطبيعى لعقد الأشغال العامة هو القانون الإدارى لا القانون المدنى .

المبحث الأول

عقد النشر(*)

(Contrat d'édition)

١٨٢ — *صور مختلفة* : المؤلف ، أياكان العمل الذى قام به ، أديباًكان أو فنياً ، قد يتولى نشر مؤلفه بين أفراد الجمهور بنفسه . فيقوم بطبعه على نفقته ، ثم يقوم بعرضه للبيع على الجمهور . ولكن الغالب أن يلجأ المؤلف إلى التعاقد مع ناشر يقوم بهذه المهمة ، فيطبع الناشر الكتاب ويعرضه للبيع ، والعقد الذى يبرمه المؤلف مع الناشر لهذا الغرض يسمى بعقد النشر .

وليس لعقد النشر صورة واحدة ، بل تتعدد صوره بتعدد الطرق التى يلجأ إليها المؤلف فى النزول عن حقه فى مؤلفه للناشر .

وأبعد هذه الصور مدى هى الصورة التى ينزل فيها المؤلف عن حقه فى استغلال مؤلفه للناشر نزولا غير محدد ، فيكون للناشر الحق فى طبع الكتاب طبعات متعددة دون تحديد لعدد هذه الطبعات . ويملك الناشر جميع النسخ فى كل طبعة من طبعات الكتاب ، ويبيعها لحسابه . وفى نظير ذلك يدفع للمؤلف مبلغاً معيناً دفعة واحدة أوعلى عدة دفعات . وهذه الصورة لاتخرج

(*) مراجع : **Huard** فى العقود ما بين المؤلفين والناشرين باريس سنة ١٨٨٩ — **Rudelle** فى العلاقات القانونية ما بين المؤلفين والناشرين باريس سنة ١٨٩٨ — **Pouillet** فى الملكية الأدبية والفنية وحق التأليف المسرحى الطبعة الثالثة **(Maillard et Claro)** سنة ١٩٠٨ — **Escarra, Rault et Happ** النظرية الفرنسية فى حق المؤلف سنة ١٩٣٧ — **Desbois** فى حق المؤلف سنة ١٩٥٠ — ساڤاتييه فى قانون الفن والأدب سنة ١٩٥٣ .

رسائل : **Lardeur** عقد النشر فى المسائل الأدبية باريس سنة ١٨٩٣ — **Piere Hesse** الحق الأدبى للمؤلف باريس سنة ١٩٠٦ — **Dupont Rougier** عقد النشر باريس سنة ١٩٠٧ — **Adenis-Colombeau** عقد العرض المسرحى باريس سنة ١٩٠٩ — **Lauterbourg** عقد النشر والتكييف القانونى لحق المؤلف باريس سنة ١٩١٥ — **Jean Rault** عقد النشر فى القانون الفرنسى باريس سنة ١٩٢٧ — **Striffling** عقد النشر ديچون سنة ١٩٣٦ .

وانظر بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٧٩ — فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا — بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩٦٨ — فقرة ٩٦٩ — بلانيول وريپير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٨ — فقرة ٣٣٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ **Prop. Lit. et Art.** عقد النشر فقرة ٢٢٣ — فقرة ٢٥٣ .

عن أن تكون بيعاً لحق الاستغلال أبرمه المؤلف مع الناشر فى مقابل ثمن معين ، وقد نزل المؤلف للناشر بهذا البيع عن حقه المادى فى استغلال مؤلفه ، واستبقى حقه الأدبى (le droit moral de l'auteur) فإنه حق لا يجوز النزول عنه[١].

وقد يقتصر المؤلف على أن يبيع للناشر طبعة معينة من الكتاب ، ويعين بالاتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة ، فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته ، وتصبح النسخ ملكاً له ، ويبيعها لحسابه ، ويدفع فى مقابل ذلك للمؤلف مبلغاً معيناً على دفعة واحدة أو على عدة دفعات[٢].

وقد يحتفظ المؤلف بحقه فى استغلال مؤلفه ، ويقوم بطبع الكتاب على نفقته[٣] فتكون النسخ بعد طبعها ملكاً له ، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع . وفى هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقاولة ، والمقاول هو الناشر والمؤلف هو رب العمل . ذلك لأن الناشر يقوم بعمل معين لحساب المؤلف ، هو عرض الكتاب على الجمهور للبيع وقبض ثمنه ،

---

(١) ويمكن التمييز بين هذه الصورة وبين نقل المؤلف لجميع حقوقه فى التأليف لشخص آخر . ففى حالة انتقال حقوق المؤلف لغيره عن طريق البيع أو الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية ، يحل من انتقلت إليه الملكية محل المؤلف فى جميع حقوقه بصفة دائمة ، ومن بين هذه الحقوق أن يبرم عقد نشر مع أحد الناشرين فى شأن الكتاب الذى انتقل إليه . أما فى حالة التعاقد مع ناشر ، فإن الناشر لا تنتقل إليه ملكية الكتاب بصفة دائمة ، بل ينتقل إليه حق استغلال الكتاب لعدد من الطبعات غير معين ولمدة غير معينة ، فإذا لم يقم الناشر بإعادة طبع الكتاب فى مدة معقولة بعد نفاد نسخ الطبعة السابقة ، استعاد المؤلف حقه فى استغلال الكتاب ، وله أن ينشره بنفسه أو عن طريق ناشر آخر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٨ – انظر عكس ذلك وأنه لا فرق بين الصورتين Rault فى عقد النشر فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها) .

وقد يشترى الناشر حقوق المؤلف فتنتقل إليه هذه الحقوق بصفة دائمة ، بموجب عقد بيع لا بموجب عقد نشر ، وتبقى الحقوق المدة التى يحددها القانون لحقوق المؤلف . وعند ذلك ينشر الناشر العمل الذى اشتراه ، لا باعتباره ناشراً بل باعتبار أنه هو صاحب حقوق التأليف ، كالمؤلف عند ما ينشر مؤلفه بنفسه . ويجوز للناشر فى هذه الحالة أن يعهد إلى ناشر آخر ، بموجب عقد نشر ، أن ينشر المؤلف الذى اشترى حقوق التأليف فيه .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٧٩ .

(٣) وقد يقوم الناشر بطبع الكتاب ، على أن يسترد نفقات الطبع من ثمن النسخ التى يبيعها ، وبعد ذلك يستولى على أجره المتفق عليه ، ويرد الباقى للمؤلف . والعقد مع صاحب المطبعة لمجرد طبع الكتاب يكون عقد مقاولة لا عقد نشر .

ويتقاضى فى مقابل ذلك أجراً من المؤلف[١] . ويغلب أن يكون الأجر نسبة معينةمن ثمن كل نسخة يتولى الناشر بيعها ، يخصمها من الثمن ويرد الباقى إلى المؤلف . ولا يجوز اعتبار العقد شركة ، لأن نسخ الكتاب كما قدمنا ملك للمؤلف ، والناشر لا يساهم فى الخسارة بحيث لو كسد الكتاب ولم يسترد المؤلف نفقات طبعه فإن الناشر لا شأن له بهذه الخسارة . وإنما يتقاضى الناشر جعلا معيناً فى نظير عمله ، هو نسبة مئوية معينة من ثمن النسخ المبيعة . فالعقد يكون مقاولة من حيث عرض الكتاب للبيع ، مقترنة بوكالة حين يبيع الناشر نسخ الكتاب لحساب المؤلف[٢] .

وقد ينقلب الموقف ، فيصبح المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل : ويتحقق ذلك عادة إذا قام ناشر بطبع مؤلف يضم طائفة من البحوث أو من المقالات ، فمن يساهم ببحث أو بمقال من المؤلفين يتقاضى أجراً معيناً على عمله من الناشر ، وبذلك يصبح المؤلف هو المقاول كما سبق القول[٣] .

وسواء كان العقد بيعاً أو مقاولة ، وسواء كان المقاول هو الناشر أو المؤلف ، فإن العقد يبقى مع ذلك محتفظاً بذاتيته ويسمى بعقد النشر .

ولعقد النشر أركانه ، ويترتب عليه آثاره : التزامات فى ذمة المؤلف وأخرى فى ذمة الناشر . ويوجد نوع خاص من النشر عن طريق المسرح ، فلا يطبع المؤلف وإنما يعرض كمسرحية على الجمهور ، ويسمى العقد فى هذه الحالة بعقد العرض المسرحى (contrat de représentation) .

---

(١) بودرى وثال ٢ فقرة ٤١٧٩ ص ١٢٢٦ .

(٢) وإذا أراد المؤلف أن يشارك الناشر ، فيساهم هذا الأخير فى الربح وفى الخسارة ، فإن ذلك يجوز . ويكون العقد فى هذه الحالة شركة على الصورة الآتية : يساهم المؤلف بمؤلفه ، ويساهم الناشر بنفقات طبعه مثلا ، وتكون النسخ ملكاً للشركة ، ويكون لكل شريك نسبة يتفق عليها فى الربح وفى الخسارة (قارن بودرى وثال ٢ فقرة ٤١٨٠) .

(٣) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٨ – وإذا دفع المؤلف المقال أو البحث تاماً إلى صاحب الجريدة أو المجلة ، ثم اتفق معه على الأجر ، فالعقد هنا لا يقع على عمل ليكون مقاولة ، بل يقع على ملكية المقال أو البحث فيكون بيعاً . وإذا كان المؤلف يكتب بانتظام مقالات تنشر فى المجلة أو الجريدة مقابل أجر ، فالعقد لا يكون بيعاً . وإنما يكون عقد عمل إذا كان المؤلف خاضعاً لتوجيه صاحب المجلة أو الجريدة ، وعقد مقاولة إذا لم يكن خاضعاً لهذا التوجيه (بودرى وثال ٢ فقرة ٤١٨٧) .

فنبحث فى عقد النشر المسائل الآتية : (١) أركان العقد . (٢) التزامات المؤلف . (٣) التزامات الناشر . (٤) عقد العرض المسرحى[1] .

§ ١ — أركان عقد النشر

١٨٣ — **أركان ثلاثة** : لعقد النشر أركان ثلاثة : التراضى ، والعمل الأدبى أو الفنى أى المؤلف ، والأجر .

١٨٤ — **الركن الأول — التراضى** : عقد النشر طرفاه المؤلف والناشر. وهو عقد رضائى يتم بتوافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، ويخضع فى إثباته للقواعد العامة . ولما كان الناشر تاجراً يقوم بعمل من أعمال التجارة وكان المؤلف غير تاجر يقوم بعمل مدنى ، فعقد النشر إذن عقد مختلط ، تجارى من جانب الناشر ومدنى من جانب المؤلف . ومن ثم يجوز للمؤلف أن يثبته على الناشر بجميع طرق الإثبات وفيها البينة والقرائن ولو زادت قيمة العقد على عشرة جنيهات ، كما يجوز أن يقاضيه أمام القضاء التجارى . أما الناشر فلا يثبت العقد على المؤلف إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات ، ولا يقاضيه إلا أمام القضاء المدنى . ويبقى المؤلف يقوم بعمل مدنى حتى لو تولى نشر مؤلفه بنفسه ، فعرضه للبيع . فهو لا يشترى

---

(١) وإذا عمد شخص إلى نشر كتاب دون اتفاق مع المؤلف على نشره ، أى دون أن يكون هناك عقد نشر ، كان منتهكاً لحرمة ملكية المؤلف ، فإذا اشترك اثنان فى هذا النشر كانا مسئولين بالتضامن عن التعويض (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧) . ولا يعتبر مجرد تكليف وزارة المعارف لموظف بوضع كتاب معين اتفاقاً على أن ملكية الكتاب وحق نشره انتقل إلى الوزارة ، ولو تقاضى الموظف مكافأة عن وضع الكتاب ، ما لم يكن هناك تعاقد صريح أو ضمنى على ذلك (استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٦ ص ١١٩٤ — ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

وقد قضى بأنه إذا حصلت وزارة المعارف (دار الكتب) على نسخة خطية لأحد الكتب الثمينة ، وقامت بجمع هذا الكتاب وترتيبه وطبع ما جمعه مؤلفه من الآراء المختلفة فى كتابه ، وأضافت لها رأيه باعتباره من أصحاب الآراء السديدة فى العلم الذى كتب فيه الكتاب ، فهذا المجهود لا يمكن مهما عظم أن ينقلب إلى حق تأليف يثبت للوزارة . ومع التسليم جدلا بأيلولة مثل هذه المؤلفات إلى الوزارة ، فإنها متى آلت للدولة وطبعتها تسقط حالا فى الملك العام ، ويكون لكل إنسان حق إعادة طبعها ، لأن المؤلفات التى تنشرها الدولة تدل على أنها وضعت لخدمة الجمهور (مصر الكلية ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨٨) .

للبيع كما يفعل التاجر ، وإنما يقوم أصلا بعمل أدبي أو فني ، وقيامه ببيعه للجمهور ليس إلا عملا تابعاً للعمل الأصلي(١) .

والتراضي في عقد النشر لا يقوم في الأصل على اعتبارات في شخص الناشر ، ما لم تدل الظروف في وضوح على أن المؤلف قد قصد التعاقد مع ناشر معين لصفات خاصة فيه(٢) . وينبني على ذلك أن موت الناشر أو بيعه لمتجره لا ينهي عقد النشر ، بل ينتقل العقد مع جملة العقود الأخرى إلى الورثة أو إلى الناشر الجديد الذي اشترى المتجر . ومع ذلك لا يجوز للناشر أن يتفق مع ناشر آخر على النشر من الباطن إلا بموافقة المؤلف . ذلك أنه إذا سلم بانتقال عقد النشر مع جملة عقود النشر الأخرى لورثة الناشر أو للمشتري لمتجره ، فإن جواز انتقال عقد نشر بمفرده إلى ناشر آخر يتوقف على اعتبارات ترجع إلى المقدرة المالية لهذا الناشر الآخر وسمعته التجارية ، ومن ثم وجب الحصول على موافقة المؤلف لجواز النشر من الباطن(٣) .

١٨٥ — الركن الثاني — العمل الأدبي أو الفني (المؤلف) : والركن الثاني في عقد النشر هو العمل الأدبي أو الفني الذي قام به المؤلف وجعله محلا للنشر . فتأليف كتاب في أي فرع من فروع العلوم والآداب والفنون يصح أن يكون محلا للنشر . كذلك ترجمة كتاب إلى لغة أخرى غير لغته الأصلية يعتبر عملا أدبياً يصح نشره . وقد يكون العمل محل النشر عملا فنياً لا أدبيا ، كالرسم والنقش والتصوير والنحت وما إلى ذلك ، فيخرج الناشر من هذا العمل الفني نسخاً متعددة ويعرضها للبيع . كذلك الغناء والتلحين والقطع الموسيقية يمكن نشرها عن طريق صنع اسطوانات تعرض للبيع ، وأفلام السينما تنشر عن طريق نقل نسخ منها وعرضها على الجمهور وهذا هو العرض المسرحي . وبوجه عام كل ما يمكن اعتباره ملكية أدبية أو فنية يصح أن يكون محلا للنشر .

ولا يجوز التوسع في تفسير المحل الذي وقع عليه عقد النشر . فالمؤلف

---

(١) أنسيكلوپيدي داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٢٢٦ — محمد كامل مرسي فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٦٥٣ .

(٣) أنسيكلوپيدي داللوز ٤ لفظ . Prop. Lit. et. Art فقرة ٢٢٨ — انظر عكس ذلك وأنه يجوز النشر من الباطن دون موافقة المؤلف : بودري وڤال ٢ فقرة ٤١٨٤ .

الذى يتعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه يصح أن يترجم هذا المؤلف إلى لغة أخرى ، ولا تدخل هذه الترجمة فى عقد النشر الأول ، بل يجوز أن تكون محلا لعقد نشر جديد . ومؤلف القصة إذا تعاقد على نشرها يصح أن يستخرج منها مسرحية للتمثيل تكون محلا لعقد نشر آخر(١) . وناشر القطع الموسيقية لأحد الشعراء لا يجوز أن ينشر تبعاً لها قصائد هذا الشاعر وأعماله الأدبية(٢) .

ويجب التمييز ، فى العمل الأدبى أو الفنى محل النشر ، بين الملكية الأدبية والفنية للمؤلف وهذه هى التى تكون محلا للاستغلال عن طريق النشر ، وبين الأصول (manuscrits) المدون فيها العمل الأدبى أو الفنى ويكون غالباً بخط المؤلف . فلا ينتقل بعقد النشر إلى الناشر ملكية هذه الأصول ، بل تبقى الملكية للمؤلف ، ويستطيع هذا أن يقتصر على إعطاء الناشر نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول لنشرها دون أن يعطيه الأصول ذاتها ، كما يجوز له إذا أعطى الناشر الأصول أن يستردها منه بعد الفراغ من طبعها . وقد تنتقل ملكية الأصول أو حيازتها من المؤلف إلى شخص آخر دون أن ينتقل معها حق الملكية الأدبية والفنية ، فالمالك أو الحائز للأصول لا يجوز له أن يتعاقد مع ناشر على نشرها لمجرد أنه مالك أو حائز لها ، بل يجب أن يثبت أن حق الملكية الأدبية والفنية قد انتقل إليه أيضاً(٣) .

والاتفاق على العمل الأدبى أو الفنى محل النشر يعين عادة الشكل الذى

---

(١) ذلك أن عقد النشر لا يتضمن حق العرض المسرحى إلا إذا نص على ذلك (باريس أول مايو سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٥–٢–٥٨ – Pouillet فقرة ٢٥٢ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤٢٠) ، ولا يتضمن حق العرض عن طريق الأفلام السينمائية (باريس ١٠ نوفبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ٢ – ٨١ – ١٧ مايو سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ – ١ – ١٤٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤٢٠) ، ولا يتضمن حق الإذاعة عن طريق الراديو وطريق التلفزيون (السين ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٣ داللوز ١٩٤٤ – ١٢٧ – باريس ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ – ١ – ١٩٣) ، فكل من هذا وذاك نوع من العرض المسرحى .

(٢) انظر فى هذا المعنى باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٢٨٩ – ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ٢٣٩ – ١٢ مايو سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢–٦٥٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. te Art. فقرة ٢٣٠– فقرة ٢٣١ .

(٣) نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ٢١٥ – باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ – ٢ – ١٣٧ – ٤ يوليه سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٥ – ٢ – ٤٢١ – ٨ مارس سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ – ٢ – ٩٤ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة =

يطبع فيه المؤلف ، وعدد الطبعات التى يحق للناشر إصدارها ، وعدد النسخ فى كل طبعة ، والثمن الذى تباع به النسخة لأفراد الجمهور . فإذا لم يعين الاتفاق الشكل ، وكان هناك شكل مألوف يطبع فيه المؤلف انصرفت نية المتعاقدين إلى أنهما أرادا هذا الشكل المألوف ، وإلا فإن للناشر الحق فى تعيين الشكل الذى يطبع فيه المؤلف . فله أن يختار شكلا شعبياً رخيص الثمن ، إذا رأى أن هذا الشكل يعين على انتشار المؤلف وسرعة بيعه(١) . ولكن إذا اتفق على أن يكون الكتاب موضحاً بالصور ، لم يجز للناشر أن يطبع الكتاب خالياً منها(٢) . وإذا لم يعين الاتفاق عدد الطبعات ، كان للناشر أن يصدر أى عدد من الطبعات يرى من المصلحة إصداره ، هذا إذا كان قد اشترى حقوق التأليف . أما إذا كان عقد النشر مقاولة يتقاضى فيها الناشر أجراً على عمله ، ولم يعين الاتفاق عدد الطبعات ، فيبقى للناشر حق إصدار طبعة بعد أخرى إلى أن يخطره المؤلف بانتهاء العقد وفقاً للقواعد المقررة فى العقود غير المعينة المدة(٣) . وإذا لم يعين الاتفاق عدد النسخ فى الطبعة ، أو الثمن الذى تباع به النسخة لأفراد الجمهور ، أو التاريخ الذى يتم فيه الطبع وعرض المؤلف على الجمهور ، فإن ذلك يترك لتقدير الناشر حسب ما تقتضيه المصلحة فى انتشار المؤلف وسرعة توزيعة ، على ألا يبطئ الناشر فى الطبع إبطاء لامبرر له أو يتخذ قراراً فى المسائل المتقدمة الذكر من شأنه أن يضر بمصلحة المؤلف المشروعة(٤) .

= ٣٢٨ – أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Atr. فقرة ٢٣٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٥١ ص ٥٥٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من انتقلت إليه ملكية أصول كتاب سبق نشره لا يملك وحده حق نشر الكتاب ، بل يكون هذا الحق ثابتاً أيضاً لمن انتقلت إليهم ملكية أصول أخرى لنفس الكتاب (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٩) .

(١) السين ٩ فبراير سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠ – ٣ – ٣١ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٢ .

(٢) باريس ٩ أغسطس سنة ١٨٧١ داللوز ٧٢ – ٢ – ١٦٥ – وللناشر أن يطبع اسمه على نسخ الكتاب (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣) .

(٣) أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣٣ .

(٤) أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣٦ – وللناشر تصفية ما تبقى لديه من النسخ بسعر منخفض ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٢ ص ٥٥٣) .

ويجوز الاتفاق بين المؤلف والناشر على نشر عمل أدبى أو فنى لم ينجزه المؤلف بعد ، بل لما يبدأ فيه ، بشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقاً على شرط إرادى محض[١] ، وبشرط أن يكون العمل معيناً فى موضوعه وفى مداه ومبلغ أهميته وفى المدة التقريبية التى يتم فيها وإلا كان باطلا لعدم تعيين المحل[٢] .

١٨٦ — *الركن الثالث — الأجر* : ويختلف الأجر باختلاف الصور المتعددة لعقد النشر ، وهى الصور التى استعرضناها فيما تقدم[٣] .

فإذا نزل المؤلف للناشر عن حقوقه فى التأليف نزولا غير محدد ، بحيث يكون للناشر الحق فى طبع المؤلف عدداً غير معين من الطبعات ويكون مالكاً لجميع النسخ من كل طبعة ، فإن العقد يكون بيعاً كما قدمنا ، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه الناشر للمؤلف . ويجوز أن يكون الثمن مبلغاً يحدد جزافاً ، ويدفع دفعة واحدة ، أو على أقساط فى مواعيد معينة ، أوفى ميعاد كل طبعة من طبعات الكتاب . كما يجوز أن يكون الثمن محدداً بنسبة عدد نسخ الكتاب وثمن كل نسخة ، أو بنسبة ما يباع من نسخ الكتاب . ويستنزل الناشر عادة من نسخ الكتاب عدداً معيناً يحدده الاتفاق أو العرف للهدايا وللإعلان . ولا يستبقى المؤلف إلا حقه الأدبى فى مؤلفه كما قدمنا ، فيلتزم الناشر بنشر المؤلف فى المدة المتفق عليها أو فى المدة المعقولة ، ولا يجوز له إدخال أى تعديل فيه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف أو تغيير عنوانه إلا بموافقة المؤلف . وقد يشترط المؤلف على الناشر ألا يزيد ثمن النسخة الذى تباع به للجمهور على

---

(١) السين ٦ ديسمبر سنة ١٨٦١ .Ann ٦١ — ٤٣٠ .

(٢) Pouillet فقرة ٢٥٣ — ويصح أن يصدر من المؤلف وعد للناشر بأن تكون له الأفضلية على غيره من الناشرين فى عمل أدبى أو فنى مستقبل إذا تقدم بعرض يساوى عروض الآخرين (السين ١١ مايو سنة ١٨٧٠ .Ann ٧٠ — ٢٠٤ — ٢٠ يوليه سنة ١٨٩٢ .Ann ٩٣ — ١٢٣ — ٦ يونيه سنة ١٨٩٥ و ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ .Ann ١٩٠٠ — ٦٠) — بل يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن حقوقه المستقبلة قبل ناشر عن عمل اعتزم القيام به ولكنه لما يبدأه (باريس ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٦ — ٢ — ٢٥٣) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٨١ .

مبلغ معين ، حتى لا يرهق الناشر الجمهور بثمن مبالغ فيه ، ويعتبر هذا اشتراطاً لمصلحة الغير .

وإذا نزل المؤلف للناشر عن طبعة من طبعات الكتاب ، فإنه يتفق معه عادة على عدد نسخ هذه الطبعة وعلى المدة التى لايستطيع فى خلالها المؤلف أن يعيد طبع الكتاب وهى المدة المعقولة التى يتوقع فيها نفاد نسخ الطبعة المبيعة . ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمناً قد يكون مبلغاً محدداً جزافاً يدفع جملة واحدة أو على أقساط متعددة ، وقد يكون نسبة مئوية من الثمن المقرر لبيع النسخ ، أو نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخ فعلا .

وإذا كان عقد النشر مقاولة يقتصر فيها الناشر على طبع الكتاب وعرضه للبيع ، فالذى يستحق الأجر فى هذه الحالة هو الناشر وهو المقاول ، لاالمؤلف وهو رب العمل . ويبدأ الناشر عادة باسترداد ما قد يكون أنفقه من المصروفات فى طبع الكتاب من ثمن النسخ المبيعة . فإذا ما استرد هذه المصروفات ، فمايبيعه بعد ذلك من نسخ يتقاضى عليه أجراً أوعمولة ، وقد تكون مبلغاً معيناً عن كل نسخة يبيعها ، وقد تكون كما هو الغالب نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخة .

وإذا كان المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل ، كما هو الأمر فيما إذا قدم المؤلف مقالا أو بحثاً فى مجلة أو فى مجموعة من البحوث أو المقالات ، فإن الأجر فى هذه الحالة يكون مستحقاً للمؤلف يدفعه له الناشر ، ويكون غالباً مبلغاً معيناً محدداً جزافاً ويدفع للمؤلف عند تسليمه للناشر المقال أو البحث .

§ ٢ – التزامات المؤلف

١٨٧ — التزاماته : يترتب فى ذمة المؤلف بموجب عقد النشر التزامان رئيسيان : (١) تسليم عمله الأدبى أو الفنى للناشر بحيث يتمكن هذا من طبعه ونشره . (٢) ضمان تعرضه الشخصى أوتعرض الغير لما قام به من عمل أدبى أو فنى .

١٨٨ — الالتزام الأول — تسليم العمل الأدبى أو الفنى للناشر : يلتزم المؤلف بأن يسلم للناشر العمل الأدبى أو الفنى محل النشر . فيسلم له أصول

مؤلفه ، أو نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول دون الأصول ذاتها[١] . ونفقات النسخة المطابقة للأصل تكون على المؤلف . ويجب التسليم فى الميعاد المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك ميعاد متفق عليه فإن المحكمة تتولى تحديد هذا الميعاد مستهدية فى ذلك بالعرف وبأهمية العمل . فإذا لم يقم المؤلف بهذا الالتزام[٢] ، جاز للناشر أن يطلب فسخ عقد النشر وأن يطالب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء هذا الفسخ[٣] . ولا يجوز إجبار المؤلف على التنفيذ عيناً ، بأن يستولى الناشر على الأصول أو على نسخة مطابقة للأصل منها عنوة ، فإن هذا يتعارض مع حق المؤلف الأدبى فى العدول عن نشر مؤلفه إذا رأى أن سمعته الأدبية أو أن ضميره يقتضى منه ذلك[٤]. على أنه لا يجوز للمؤلف أن يتخذ من هذا الحق فى العدول عن النشر ذريعة للإخلال بالتزامه ، حتى يتمكن من عقد صفقة أكثر ربحاً مع ناشر آخر[٥]. ويجوز للناشر أن يستبقى الأصول بعد طبعها ، أو نسخة مطابقة للأصل من هذه الأصول إذا أراد المؤلف استرداد الأصول وتكون نفقات النسخة المطابقة على المؤلف ، وذلك فى حالة ما إذا كان للناشر حق إعادة طبع الكتاب.

ويلتزم المؤلف – بل إن هذا هو أيضاً حق له – بأن يصحح تجارب

---

(١) والأصول المكتوبة بخط المؤلف تدخل فى ملكيته المادية ، وتنتقل هذه الملكية إلى ورثته ، ولهؤلاء استرداد الأصول من الناشر بعد أن ينسخ منها صورة مطابقة على نفقة الورثة إذا احتاج لهذه النسخة فى إعادة طبع الكتاب (باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ – ٢ – ١٣٧ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٩ ص ٤١٥ – وانظر آنفاً فقرة ١٨٤) .

(٢) وللناشر أن يرفض تسلم أصول كتاب لم يتمها المؤلف فى حياته وإنما أتمها بعد موته ورثته أو شخص آخر ولو كان مختصاً فى موضوع الكتاب ، ما لم يكن الباقى من العمل هو مجرد تجميع وترتيب (Pouillet فقرة ٣٠٣ – بودرى وڤال ، فقرة ٤١٨٢) .

(٣) باريس ١٤ فبراير سنة ١٩٠٨ Ann. ١٩٠٨ – ١ – ٢٦٦ – وقد قضى بأن التأخر فى تسليم الأصول لا يكون سبباً للفسخ إذا كان ذلك يرجع إلى أن المؤلف ، مطاوعة لضميره واحتفاظاً بسمعته الأدبية ، أراد مراجعة عمله إمعاناً منه فى الإتقان (رن ٢٤ يوليه سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٩ – ٢ – ١٧٠ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٧ هامش ١) .

(٤) باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٩ – ١٩ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا ص ١٢٣٢ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٧ – وانظر عكس ذلك وأنه يجوز التنفيذ العينى Pouillet فقرة ٢٨٨ .

(٥) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٨٧ مكررة ثالثا ص ١٢٣٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٤٠ .

مؤلفه عند طبعه ، فيقوم بتصحيح التجارب فى الميعاد المألوف ، ويشمل التصحيح الأخطاء المادية التى تقع عند الطبع . وقد جرت العادة بأن يسمح للمؤلف بإدخال تعديلات يسيرة ، عند تصحيح التجارب ، على مؤلفه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف . وتسمى هذه بتصحيحات المؤلف (corrections de l'auteur) ، وتكون عادة على نفقة الناشر ، إلا إذا جعلها عقد النشر كلها أو بعضها على نفقة المؤلف[1] .

١٨٩ — الالتزام الثانى — الضمان : ويلتزم المؤلف بضمان التعرض . فلا يجوز أن يقوم بعمل شخصى يتعارض مع حق الناشر فى استغلال المؤلف وإلا جاز الحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض إن كان له محل .

ومن ثم لا يجوز للمؤلف ، بعد أن يتفق مع الناشر على نشر كتاب له ، أن يقوم هو بنشر الكتاب بنفسه أو بواسطة ناشر آخر ، فينافس بذلك الناشر الأول منافسة غير مشروعة . وإذا فعل ، جاز للناشر الأول أن يطلب الحكم بمصادرة نسخ الكتاب التى قام بنشرها المؤلف أو الناشر الآخر ، مع الحكم بالتعويض على كل منهما ، على المؤلف بموجب المسئولية العقدية ، وعلى الناشر الآخر بموجب المسئولية التقصيرية إذا كان يعلم أن الكتاب سبق أن اتفق المؤلف مع الناشر الأول على نشره . كذلك لا يجوز للمؤلف ، بدعوى أنه ينشر الكتاب فى مجلة أو جريدة تباعاً فى أعداد متعاقبة إذا كان ذلك مسموحاً له به فى عقد النشر ، أن ينشر الكتاب كله فى عدد واحد من المجلة أو الجريدة أو فى عددين متواليين ، فإن هذا يكون بمثابة نشر كامل للكتاب يتعارض مع حقوق الناشر[2] .

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٤١ .

(٢) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١ — ٢ — ٣٩٩ — ٩ أبريل سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ٢ — ٣٩٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٦٤٩ ص ٥٤٧ — أما إذا تعاقد المؤلف على نشر تمثيلية (drame) ، فإن ذلك لا يمنعه من وضع قصة فى موضوع التمثيلية ومن جعل القصة محلا لعقد نشر جديد (باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٦ جازيت دى تريبينو ١١ يوليه سنة ١٩٢٦ — وانظر آنفاً فقرة ١٨٥) . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يعد تمثيل رواية سينمائية تختلف فيها الحوار والشكل والتصميم البنائى اعتداء على حق رواية لم تكن معدة من الأصل للتمثيل السينمائى . وليس لمدير مسرح اختص بحق تمثيل رواية مسرحية ولا لمؤلف تلك الرواية أن يعارض كلاهما =

ولكن يجوز للمؤلف أن يتفق مع ناشر على نشر الكتاب فى طبعة شعبية رخيصة الثمن ، ومع ناشر آخر على نشر نفس الكتاب فى طبعة فاخرة موضحة بالرسوم ، فلكل طبعة من هاتين عملاؤها . أما إذا اتفق مع كل من الناشرين على طبع الكتاب طبعة شعبية أو طبعة فاخرة ، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالضمان ، ويجوز لكل من الناشرين الرجوع عليه بالتعويض . وإذا قام الناشر الأول بنشر الكتاب ، وعلم الناشر الثانى بعقد النشر الأول ، فليس له أن يقوم بنشر الكتاب مرة أخرى ولو كان وقت أن تعاقد مع المؤلف حسن النية ، أى لايعلم بأن المؤلف قد تعاقد مع الناشر الأول على نشر الكتاب . وكل ما للناشر الثانى هو أن يرجع على المؤلف بفسخ العقد وبالتعويض . أما إذا نشر الناشر الثانى الكتاب بالرغم من علمه بعقد النشر الأول ، فإنه يجوز للناشر الأول أن يطلب مصادرة النسخ التى طبعها الناشر الثانى ، وأن يرجع عليه وعلى المؤلف بالتعويض ، على الأول بموجب المسئولية التقصيرية وعلى الثانى بموجب المسئولية العقدية[1] . بقى أن ينشر كل من الناشرين الكتاب وهو حسن النية ، أى لا يعلم كل منهما بعقد النشر الصادر إلى الآخر . فى هذه الحالة لا يكون أحد منهما قد ارتكب خطأ بالنسبة إلى الآخر ، ومن ثم لا يجوز لأيهما أن يرجع على الآخر بتعويض . ويرجع كل منهما بالتعويض على المؤلف لأنه أخل بالتزامه بالضمان نحو كل منهما ، فيكون ملزماً بتعويض

= أو أحدهما فى إخراج فيلم متكلم من الرواية المذكورة ، وبالتالى ليس لمؤلف قصة عادية أن يعارض فى إخراج فيلم سينمائى عن موضوع ما كتب ، لأن الحادث والفكرة والموضوع والعقدة ليست ملكاً لأحد ، أما الحوار والأسلوب فطبيعتاهما مختلفتان (مصر الوطنية مستعجل ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ : ويلاحظ أن الحكم شمل كلا من مؤلف الرواية والناشر . أما الناشر فصحيح ، وأما مؤلف الرواية فيبدو أن حقه يقوم حتى بالنسبة إلى فيلم سينمائى يقتبس من روايته ويأخذ منها الحادث والفكرة والموضوع والعقدة ، فهذه كلها ملك المؤلف ، لا كما تقول المحكمة إنها ليست ملكاً لأحد) .

وإذا تعاقد المؤلف على نشر مؤلفه ، فإن ذلك يمنعه من إعادة نشر المؤلف ولو فى مجموعة تنتظم كل أعماله ، وذلك ما لم يقض العرف بغيره (Pouillet فقرة ٢٩٩–Lardeau ص ١٤٨– بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٨ وهامش ٢ – السين ٢١ فبراير سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ – ٣ – ٦٩) .

(١) أنجيه ٣ مايو سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٥٨٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Atr. فقرة ٢٤٣ .

كل من الناشرين عن الضرر الذى أصابه من جراء منافسة الناشر الآخر له ؛

ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن الناشر ادعاء الغير بأن العمل الأدبى أو الفنى محل النشر مسروق كله أو بعضه[1] أو أنه يتضمن قذفاً أو انتهاكاً لحرمة أسرار الغير مما يوجب المسئولية . فإذا لم يستطع المؤلف دفع ادعاء الغير ، كان للناشر أن يرجع عليه الضمان وفقاً للقواعد المقررة فى المسئولية العقدية .

§ ٣ – التزامات الناشر

١٩٠ – التزامات ثلاثة : يلتزم الناشر بموجب عقد النشر بما يأتى : (١) طبع المؤلف ونشره . (٢) احترام حقوق المؤلف المالية . (٣) احترام حقوق المؤلف الأدبية .

١٩١ – الالتزام الأول – طبع المؤلف ونشره : يترتب على عقد النشر ، حتى لو كان بيعاً ، التزام فى ذمة الناشر بأن يقوم بطبع المؤلف المعهود إليه به ونشره . فلا يكفى أن يقوم الناشر بالتزاماته المالية نحو المؤلف ، بل يجب فوق ذلك ، بل وقبل ذلك ، أن يقوم بالتزامه من طبع الكتاب ونشره[2] ، فإن هذا التزام أساسى يترتب على عقد النشر . والمؤلف عندما قدم كتابه للنشر لم يقصد الاقتصار على جنى الربح المادى ، بل قصد إلى جانب ذلك نشر الكتاب بين أفراد الجمهور ، وله فى ذلك مصلحة أدبية لا تخفى . فلو أن الناشر عرض على المؤلف أن يدفع له ما اتفق عليه معه من أجر كاملا ، وامتنع فى الوقت ذاته عن طبع الكتاب ونشره ، فإنه يكون قد أخل بالتزام أساسى ترتب فى ذمته بموجب عقد النشر ، ومن ثم يجوز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر ، ويتمكن المؤلف بعد ذلك أن يتعاقد مع ناشر آخر على نشر الكتاب[3] .

---

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٠ ص ٤١٨ .

(٢) السين ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى باليه ٢ فبراير سنة ١٩٢٦ – بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤١٩ .

(٣) باريس ٥ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٩ – ١٧٥ – ٣ مارس سنة ١٩٢٠ Ann. ١٩٢١ – ٧٠ – ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٥٤٥ – السين ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ =

ويلتزم الناشر بطبع المؤلف ونشره فى الميعاد المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق على ميعاد معين حددت المحكمة الميعاد ، مراعية فى ذلك طبيعة العمل الأدبى أو الفنى المطلوب نشره والظروف المحيطة بالمؤلف وبالناشر وبوجوب ألا يفقد الكتاب أهميته إذا تأخر نشره . فإذا تأخر الناشر فى طبع الكتاب ونشره عن الميعاد الواجب ، كان للمؤلف الحق فى طلب التعويض ، بل له الحق فى طلب فسخ العقد إذا كان للفسخ مقتض مع التعويض[1] .

وإذا حصل الناشر على الحق فى إعادة طبع الكتاب مرات متعددة ، وجب عليه عندما تقارب نسخ الطبعة على النفاد أن يشرع فى الطبعة التالية ، وذلك ما لم يكن الكتاب قد فقد أهميته فى نظر الجمهور ولم يعد ينتظر له الرواج إذا ما أعيد طبعه[2]. بل إنه قد قضى بأنه يجوز للمؤلف ، إذا تحقق من نفاد نسخ الكتاب ومن أن الناشر لا يعتزم إعادة طبعه ، أن يعمد إلى العمل على نشره بنفسه أو أن يعهد إلى ناشر آخر بالنشر ، دون حاجة إلى رفع دعوى بفسخ العقد[3] . وكثيراً ما يعمد المؤلف إلى وضع شرط فى عقد النشر يقضى بأنه إذا تأخر الناشر عن إعادة طبع الكتاب فى خلال المدة المعقولة ، أو إذا نفدت نسخ الكتاب ولم يعد الناشر طبعه فى خلال مدة معينة من وقت إعذاره بإعادة الطبع ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، واسترد المؤلف حقه إعادة طبع الكتاب دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك[4] .

= .Ann ٩٩ — ١٧٥ — Pouillet فقرة ٣٠٨ — وقد ذهبت بعض المحاكم إلى مدى بعيد فى هذا المعنى ، إلى حد أنها لم تعف الناشر من المسئولية عن عدم طبع الكتاب ونشره ، حتى لو تذرع بأن الكتاب قد ورد فيه ما يخل بالأمن العام أو يتعارض مع الآداب العامة أو قد ورد فيه ما يعتبر قذفاً فى حق الغير وبأن نشره قد يعرضه للمسئولية (باريس ٥ مايو سنة ١٨٥٨ .Ann ٥٨ — ٢٢١) . ولكن الصحيح أن للناشر فى هذه الحالة أن يطلب بطلان العقد لمخالفته للنظام العام أو للآداب ، فيتخلل بذلك من الالتزام بطبعه ونشره (باريس ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ .Ann ٩٩ — ٦١ — السين ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٣ .Ann ٦٣ — ١١٠) .

(١) وقد قضى بأنه إذا سلم المؤلف الأصول للناشر مع الرسوم اللازمة ، وبقيت الأصول والرسوم عند الناشر مدة تناهز ثلاث سنوات ، جاز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد وأن يسترد الأصول والرسوم ، وأن يحصل على تعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء إخلال الناشر بالتزامه (السين ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ جازيت دى پاليه ١٩٥٢ — ١ — ٤١٨) .

(٢) Pouillet فقرة ٣٠٨ — أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٢٤٩ .

(٣) السين ١١ يوليه سنة ١٩٣٩ جازيت دى پاليه ١٩٤٠ — ١ — ٣١ .

(٤) باريس ٧ نوفبر سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥١ — ٧٥٩ — السين ٣١ مارس سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢ — ٤٢٩ .

١٩٢ — الالتزام الثانى — احترام حقوق المؤلف المالية : وقد قدمنا أن المؤلف تكون له حقوق مالية يستمدها من عقد النشر. فهو إذا كان قد باع حقوقه للناشر ، سواء فى جميع الطبعات أو فى طبعة معينة ، كان له الحق فى الثمن يتقاضاه من الناشر . وإذا أخل الناشر بالتزامه ، جاز للمؤلف أن يطلب التنفيذ عيناً . وله كذلك أن يطلب فسخ العقد واسترداد نسخ الكتاب من الناشر مع التعويض ، وللناشر أن يرجع عليه بنفقات الطبع إن كان هو الذى دفعها ، وتقع مقاصة بين هذه النفقات والتعويض المستحق للمؤلف بقدر الأقل منهما طبقاً للقواعد المقررة فى المقاصة(١) .

وقد يقتصر الناشر على أن يكون مقاولا يقوم بطبع الكتاب ونشره فى مقابل أجر يتقاضاه من المؤلف . ففى هذه الحالة يخصم الناشر الأجر المستحق له ، وكذلك نفقات طبع الكتاب إذا كان هو الذى قام بهذه النفقات ، من ثمن ما يباع من النسخ ، ويرد الباقى للمؤلف . ولهذا الأخير عند الاقتضاء أن يطلب من الناشر تقديم حساب مفصل عن نفقات الكتاب وما بيع منه من النسخ ، لاستيفاء حقه(٢) . كذلك له أن يطلب تقديم حساب فى مواعيد دورية عن النسخ التى بيعت من الكتاب ، وعند الخلاف تعين المحكمة المواعيد الدورية التى يقدم فيها الحساب(٣) .

وإذا كان المؤلف هو المقاول ، وقد أعطى للناشر مقالا أو بحثاً ينشر فى مجلة أو جريدة أو مجموعة من البحوث ، فإن له أن يتقاضى الأجر المتفق عليه . فإذا لم يتفق على أجر ، وجب تطبيق المادة ٦٥٩ مدنى وتنص على أنه « إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع فى تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول » ، وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٦٦٠ مدنى فيما يتعلق بتقدير أجر

---

(١) وإذا اتفق المؤلف مع الناشر على عدد النسخ التى تطبع من الكتاب وسعر النسخة ، وعلم صاحب المطبعة الذى قام بطبع الكتاب بهذا الاتفاق ومع ذلك خالف الشروط المتفق عليها ، فإنه يكون مسئولا مع الناشر نحو المؤلف (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢١ .Ann ١٩٢١ — ١ — ٢٧٥ .

(٣) السين ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٩ — ٢ — ٢١٧ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٨١ ص ١٢٢٩ — محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٠ ص ٥٥١ .

المهندس المعمارى وتنص على ما يأتى : « فإن لم يحدد العقد هذه الأجور ، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجارى» . فيقاس أجر المؤلف على أجر المهندس المعمارى وكلاهما ذو مهنة حرة ، ويقدر القاضى أجر المؤلف حسب قيمة العمل ، ويرجع فى ذلك إلى العرف الجارى .

١٩٣ — الالتزام الثالث — احترام حقوق المؤلف الأدبية : ويلتزم الناشر باحترام حقوق المؤلف الأدبية . فلا يجوز له أن يجرى تعديلا فى العمل الذى ينشره ، لا بالحذف ولا بالإضافة ، بغير إذن المؤلف[1] . كذلك لا يجوز للناشر ، بغير إذن المؤلف ، أن يغير عنوان الكتاب ، أو أن يجرى تعديلا فيه[2] .

ويجب على الناشر أن يضع على الكتاب الاسم الذى اختاره المؤلف لنفسه[3] ، سواء كان اسمه الحقيقى أوكان اسما مستعاراً . وللناشر أن يضع إلى جانب اسم المؤلف ما يتميز به هذا من درجات علمية ومن مرتبات الشرف ، إلا إذا أراد المؤلف عدم ذكر ذلك[4] .

أما غلاف الكتاب فيتمتع الناشر بالنسبة إليه بحرية أوسع . فله أن يضع

---

(١) باريس ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ .Ann ١٩٣١ — ٣٦٩ — ١٨ يوليه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٤ — ٢ — ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٦ — ٢٥٧ — السين ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ٣٥ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ — ١٢٥ — ٦ و ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ جازيت دى پاليه ١٣ مايو سنة ١٩٤٩ (حق مخرج الفيلم السينمائى فى عدم قطع أجزاء منه بغير موافقته) — وموافقة المؤلف على التعديل ضرورية فلا يجوز للناشر إجراء التعديل دون إذن مهما كان مقتنعاً بأن التعديل ضرورى وبأنه يزيد فى قيمة العمل ، فقد كان على الناشر قبل إبرام العقد مع المؤلف أن ينصح بإجراء هذا التعديل ، فإن رفض المؤلف كان الناشر فى حل من ألا يبرم العقد (أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٥١) .

(٢) السين ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ — ٢ — ١٥٢ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠١ و ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ جازيت دى تريبينو ٢٥ أغسطس سنة ١٩٠٤ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ .Ann ١٩٢١ — ٢٩٢ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ .Ann ١٩٢٣ — ٨٨ .

(٣) باريس ٥ يناير سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ٢ — ٢٤٣ — السين ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ — ٥ — ٧ — Pouillet فقرة ٣١٦ — بلانيول وريپير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤١٩ .

(٤) السين ١٢ مايو سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٩ — ٢ — ٢٨ .

على الغلاف ما يرى وضعه من تلخيص لتعليقات النقاد أو أى تعليق آخر يرسم للقراء صورة من الكتاب تحبب إليهم قراءته . وله أن يغير ما يكتب على الغلاف فى كل طبعة من الطبعات ، حسبما يظهر له من الأثر الذى أحدثه الكتاب فى الطبعات السابقة . وله أن ينشر على الغلاف أسماء المؤلفات الأخرى التى قام بنشرها ، ولو كانت لغير المؤلف . بل له أن يستبدل فى طبعة تالية بأسماء المؤلفات الأخرى التى وضعها المؤلف أسماء المؤلفات التى قام الناشر بنشرها ، سواء كانت للمؤلف أولغيره من المؤلفين الآخرين[١] .

وللناشر فوق ذلك أن يصحح فى صلب الكتاب الأخطاء المطبعية التى تكون قد فات على المؤلف تصحيحها[٢] . بل له أن يضيف تعقيباً فى حواشى الكتاب عما استجد من معلومات مستحدثة فيما يتعلق بالكتب التاريخية والعلمية ، وإذا كان الكتاب موضوعاً للتلاميذ والطلبة فله أن يجعله مسايراً لآخر منهج من مناهج التعليم[٣] .

وإذا كشف الناشر بعد إبرام العقد أن الكتاب يحوى عبارات يعتبرها قذفاً فى حق بعض الناس أو يعتبرها موجبة للمسئولية ، فليس له أن يحذف هذه العبارات من تلقاء نفسه دون موافقة المؤلف . ولكن إذا رفض المؤلف الإذن ، يجوز للناشر أن يرفع دعوى ببطلان عقد النشر لمخالفته للنظام العام[٤] .

§ ٤ – عقد العرض المسرحى

(Contrat de représentation)

١٩٤ – صور العقد المختلفة : يلجأ عادة مؤلف المسرحية أو مخرج الفيلم السينمائى أوواضع القطعة الموسيقية أو ملحن القطعة الغنائية إلى نشر عمله على الجمهور بعرضه عن طريق المسرح أو السينما أوالراديو أو التلفزيون[٥] .

---

(١) السين ٢ أبريل سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥١ – ٣٤٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٢٥٣ .

(٢) باريس ١٨ يونيه سنة ١٨٨٣ .Ann ٨٥ – ٢٩٤ .

(٣) أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٢٥٢ .

(٤) السين ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ .Ann ١٩٢٢ – ٣٢٣ – Desbois فى حق المؤلف فقرة ٥٦٨ – أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ ,Prop. Lit. et Art فقرة ٢٥٢ .

(٥) انظر فى النشر بطريق العرض السينمائى : استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م =

فيتعاقد المؤلف مع صاحب المسرح أو السينما أو إدارة الإذاعة على تقديم العمل إلى جمهور النظارة والمستمعين ، وهذا هو عقد العرض المسرحى .

وقد يتكفل المؤلف بالمصروفات ويكون من حقه تقاضى الإيراد من جمهور النظارة ، ويعطى لصاحب المسرح أو الفرقة التى قامت بتمثيل المسرحية أو بأداء القطعة الموسيقية أو القطعة الغنائية أو لصاحب قاعة السينما أجراً معيناً ، قد يكون مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة معينة من الإيراد . وفى هذه الحالة يكون العقد مقاولة ، المقاول فيها هو صاحب المسرح أو الفرقة ورب العمل هو المؤلف .

ولكن الغالب هو أن يدفع المؤلف بمسرحيته أو بقطعته الموسيقية أو الغنائية لصاحب المسرح أو السينما أو إدارة الإذاعة ، ويتقاضى أجراً معيناً ، قد يكون هو أيضاً مبلغاً إجمالياً وقد يكون نسبة معينة من الإيراد . فيكون العقد فى هذه الحالة عقد بيع لحق المؤلف فى نشر عمله عن طريق المسرح ، أو عقد مقاولة إذا التزم المؤلف بوضع المسرحية أو القطعة الموسيقية أو الغنائية فى نظير جعل معين ، ويكون المقاول فى هذه الحالة هو المؤلف وصاحب المسرح هو رب العمل .

وسواء كان العقد مقاولة أو بيعاً ، فهو فى الحالتين عقد عرض مسرحى[1] .

١٩٥ — التزامات المؤلف المسرحى : يلتزم المؤلف المسرحى بتسليم عمله لصاحب المسرح فى الميعاد المتفق عليه ، أو فى ميعاد معقول يحدده القاضى عند الخلاف . وإذا سلم العمل ، فإنه لا يستطيع بعد ذلك استرداده ، حتى فى مقابل تعويض ، إلا بعد أن يتم التمثيل أو الأداء[2] . كذلك لا يستطيع إدخال

= م ٤٩ ص ٨٧ — ١٣ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢١٦ — وفى النشر بطريق تسجيل القطعة الغنائية فى اسطوانات جراموفونية : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٦ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ولو لم يذكر فى الاسطوانة الغنائية أنها خاضعة لحقوق المؤلف ، إلا أنه إذا أدارها صاحب محل عام حتى يسمعها الجمهور ، وجب عليه التحقق من أنها وقعت فى الملك العام وقد سقطت حقوق المؤلف (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤) .

(١) وقبل إبرام هذا العقد لا يجوز للمؤلف أن يرجع على صاحب المسرح بما صرفه من نفقات لعرض عمله على صاحب المسرح ابتغاء التعاقد معه ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦) .

(٢) Pouillet فقرة ٧٨٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

أى تعديل فيه بغير موافقة صاحب المسرح[1] ، وصاحب المسرح لايستطيع أيضاً إدخال تعديل إلا بموافقة المؤلف أو إلا إذا اشترط ذلك مقدماً فى عقد العرض المسرحى[2] .

ويكون التمثيل أو الأداء مرة أو أكثر ، بالمقدار الذى يتفق عليه بين الطرفين[3] . فإذا لم يتفق على عدد المرات ، كان لكل من الطرفين أن ينهى العقد بإخطار فى الميعاد الذى يقضى به العرف أو فى ميعاد معقول ، وذلك حسب القواعد المقررة فى العقود غير المعينة المدة . وإذا انتهى العقد بانتهاء عدد المرات المتفق عليها أوبالإخطار ، استرد المؤلف عمله من صاحب المسرح ، واستعاد حقه فى نشر العمل بعقد عرض جديد مع صاحب المسرح نفسه أو مع صاحب مسرح آخر .

ويضمن المؤلف المسرحى عمله . فلا يجوز أن يتعاقد مع صاحب مسرح آخر على نفس العمل[4] ، مادام العقد الأول قائماً ، سواء لأن مدته المعينة لم تنقض أو لأن صاحب المسرح لم يستنفد عدد المرات المتفق عليها . ويلتزم المؤلف كذلك بدفع أى تعرض من الغير يدعى أن له حقاً فى العمل محل العرض ، أو يدعى أن العمل مسروق أو أن فيه مساساً بالغير يوجب المسئولية .

١٩٦ — التزامات صاحب المسرح : ويلتزم صاحب المسرح بتمثيل المسرحية أوبأداء القطعة الموسيقية أو الغنائية فى الميعاد المتفق عليه ، أوفى ميعاد معقول يحدده القاضى عند الخلاف . فإذا تأخر صاحب المسرح عن القيام

---

(١) باريس ١٨ مارس سنة ١٨٣٥ جازيت دى تريبينو ١٩ مارس سنة ١٨٣٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

(٢) السين ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ جازيت دى باليه ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ .

(٣) ومع ذلك يجوز لصاحب المسرح أن يقف تمثيل المسرحية أو أداء القطعة الموسيقية أو الغنائية ، إذا قل إقبال الجمهور بحيث يصبح الدخل غير مجز وتترتب على ذلك خسارة للمؤلف وصاحب المسرح على السواء (السين ٣٠ يناير سنة ١٨٩٧ Le Droit ٣١ يناير سنة ١٨٩٧ — بودرى وقال ٢ فقرة ٤١٨٩ مكررة — محمد كامل مرسى فقرة ٦٦١) .

(٤) ولكن إذا باع مؤلف قطعة غنائية لآخر لاستعماله الشخصى فإن ذلك لا يمنع المؤلف من إعطائها لمسرح غنائى لعرضها على الجمهور ، ولايجوز لمشترى القطعة الغنائية أن يعطيها هو لمسرح غنائى إذ لا يملك إلا الاستعمال الشخصى (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٧) .

بهذا الالتزام ، جاز للمؤلف إجباره على ذلك ، ويجوز له فى سبيل إجباره الالتجاء إلى التهديد المالى . كما يجوز للمؤلف أن يطلب فسخ العقد ، واسترداد عمله مع التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء إخلال صاحب المسرح بالتزامه[١] .

ويجب على صاحب المسرح أن يبذل الجهد اللازم لنجاح المسرحية أو القطعة الموسيقية أو الغنائية ، فيقوم بالإعلان عنها إعلاناً كافياً ، ويعد المكان للنظارة إعداداً لائقا ، ويكل تنفيذ العمل إلى فنانين قادرين على أدائه أداء مرضياً . ويغلب أن يكون هؤلاء الفنانون متفقاً عليهم بين المؤلف وصاحب المسرح . وللمؤلف الحق فى توزيع الأدوار على الفنانين ، حسبما يراه مناسباً لاستعداد كل منهم وكفيلا بنجاح العمل . وله كذلك حضور التجارب (البروفات) التى يقوم بها الفنانون قبل عرض العمل على الجمهور ، وإبداء الملاحظات التى يراها ، وعلى صاحب المسرح أن يعير هذه الملاحظات العناية الكافية . والمؤلف هو الذى يبت فيما إذا كان العمل معداً لعرضه على الجمهور ، أولايزال فى حاجة إلى تجارب أو ترتيبات أخرى[٢] . ومتى عرض العمل على الجمهور المرة الأولى ولم يبد المؤلف ملاحظات ، كان لصاحب المسرح بعد ذلك أن يعرضه المرات التالية من تلقاء نفسه دون معاونة المؤلف وذلك إلى أن ينتهى عقد العرض المسرحى[٣] .

ويلتزم صاحب المسرح أيضاً بأن يؤدى للمؤلف الجعل المتفق عليه . فإذا كان عقد العرض المسرحى يجعل للمؤلف مبلغاً إجمالياً معيناً يتقاضاه من صاحب المسرح ، وجب على هذا الأخير أن يدفعه للمؤلف فى الميعاد المتفق عليه ، جملة واحدة أوعلى أقساط حسب الاتفاق . وإذا كان العقد يجعل للمؤلف نسبة مئوية من الإيراد ، وجب على صاحب المسرح أن يقدم للمؤلف حساباً

(١) ولكن صاحب المسرح لا يكون مسئولا إذا منعته قوة قاهرة من تنفيذ التزامه ، كما إذا منعت الجهة الإدارية تمثيل المسرحية (باريس ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٣٥ سيريه ٣٦ – ٢ – ٨٢ – بودرى وبارد ١ فقرة ٤٥٥ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٨٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦١) .

(٢) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

(٣) باريس ٢٧ يونيه سنة ١٩٤٠ جازيت دى تريبينو ٢٧ يونيه سنة ١٨٤٠ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٧ .

مفصلا عن إيراد الحفلة أو الحفلات التى أقامها تنفيذاً للعقد ، ويعطى للمؤلف النسبة التى يستحقها من هذا الإيراد(١) .

وإذا كان المؤلف هو رب العمل وصاحب المسرح هو المقاول تعهد بأداء العمل مقابل مبلغ معين ، فإن المؤلف يكون له الحق فى هذه الحالة فى الاستيلاء على جميع إيراد الحفلة أو الحفلات المتفق عليها ، ويتحمل كل المصروفات ، وعليه أن يؤدى لصاحب المسرح الأجر المتفق عليه(٢).

المبحث الثانى

عقد النظارة(*)

(Entreprise de spectacles ou de jeux)

١٩٧ — عقد النظارة عقد مقاولة فى الأصل : كما يتعاقد صاحب المسرح مع المؤلف على النحو الذى بسطناه فيما تقدم فى عقد العرض المسرحى ، كذلك يتعاقد مع أفراد الجمهور وهم النظارة الذين يأتون لمشاهدة المسرحية أو الفيلم السينمائى أو لسماع القطعة الموسيقية أو الغنائية أو لمشاهدة غير ذلك من

---

(١) ويغلب أن يدخل فى الأجر الذى يستحقه المؤلف عدد من تذاكر الدخول تعطى له دون مقابل ، ويكون له حق التصرف فيها لمن يشاء ، وتسمى بتذاكر المؤلف (billets d'auteur) : انظر بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٨ .

(٢) والتزامات صاحب المسرح لا تنتقل من تلقاء نفسها إلى من ينزل له صاحب المسرح عن مسرحه ، بل لابد من الاتفاق على ذلك مع صاحب المسرح الجديد وإقرار المؤلف لهذا الاتفاق ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين . وقد يتفق صاحب المسرح مقدماً مع المؤلف على جواز أن يحل أى شخص ينزل له عن المسرح محله فى التزاماته ، ولا يكون هذا الاتفاق ملزماً لصاحب المسرح الجديد إلا إذا أقره (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٦٩ ص ٢١٨) .

(*) مراجع : Hesse القانون العملى للمسرح سنة ١٩٠٤ — Maignien et Fouquet المسرح وقوانينه سنة ١٩٠٩ — Crémieu المسارح والمشاهد التمثيلية سنة ١٩١٤ — ساڤاتييه قانون الفن والأدب سنة ١٩٥٣ .

رسائل : Astruc القانون الخاص والمسرح باريس سنة ١٨٩٨ — Peyronnet عقد النظارة مونپلييه سنة ١٩٠٥ — Falco حقوق نظارة المسرح وواجباتهم باريس سنة ١٩٠٧ — Jonquet المسئولية فى عقد النظارة (رسالة على الآلة الكاتبة) باريس سنة ١٩٤٩ .

الألعاب ووسائل التسلية ، وهذا ما تمكن تسميته بعقد النظارة [1] .

والعقد هنا عقد مقاولة أصلا ، لأن صاحب المسرح يتعهد بالقيام بعمل هو تمثيل المسرحية أو القيام بأعمال التسلية الأخرى فى مقابل أجر معين يدفعه من جاء يشهد هذه الأعمال . ويغلب أن تكون هناك مقاعد مخصصة للجلوس ، فيشمل العقد أيضاً إيجار المقعد الذى يجلس فيه العميل . ويترتب على أن العقد يتضمن إيجار المقعد أن صاحب المسرح يكون ضامناً لعيوب المقعد الخفية ، كما إذا كان موضوعاً فى مكان لايتمكن فيه العميل من مشاهدة المسرح ، أو كما إذا كان بالمقعد عيب سبب أذى للعميل كمسمار خرق ملابسه . كذلك يكون صاحب المسرح مسئولا باعتباره مؤجراً للمقعد عن التعرض القانونى الصادر من الغير كما إذا ادعى شخص آخر أنه هو صاحب المقعد ، وغير مسئول عن التعرض المادى كما إذا تعدى على العميل أحد النظارة . وفى كل هذه المسائل تسرى قواعد الإيجار فى ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض . ولكن مهما يكن من أمر الإيجار فيما يختص بالمقعد ، فإنه عقد ثانوى ويتبع العقد الأصلى وهو عقد المقاولة . إذ المقعد ليس إلا وسيلة لتنفيذ عقد المقاولة ، الذى تعهد بموجبه صاحب المسرح أن يقدم للنظارة وسائل التسلية وهم جالسون فى المقاعد المخصصة لهم [2] ، وإذا تعارضت قواعد المقاولة مع قواعد الإيجار فإن قواعد المقاولة هى التى تسرى لأن عقد المقاولة هو الأصل كما سبق القول [3] .

على أن عقد النظارة قد يتمحض عقد مقاولة دون أن يقترن بعقد الإيجار ، فيما إذا لم تكن هناك مقاعد مخصصة لجلوس النظارة ، كما يقع فى بعض الأحيان فى ميادين السباق وفى مباريات الألعاب المختلفة [4] .

---

(١) جاء فى المعجم الوسيط وفى مختار الصحاح : النظّارة مشدداً القوم ينظرون إلى الشىء — فرأينا هذا اللفظ مناسباً لتأدية المعنى المقصود .

(٢) وهذا ما يقع فى عقد النقل ، فإن المسافر يكون له مقعد مخصص لجلوسه ، ولكن المقعد ليس هو الأصل فى العقد بل الأصل هو نقل المسافر من مكان إلى آخر ، ولذلك لا يخرج عقد النقل عن أن يكون عقد مقاولة (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٢٩) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣ — وانظر الوسيط ٦ فقرة ٧ ص ١٢ .

(٤) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ ص ٢١٩ .

وقد يتمحض عقد النظارة ، على العكس من ذلك ، عقد إيجار ، فيما إذا لم يكن هناك عمل يؤدى ، بل يكون الغرض من العقد أن يستمتع النظارة برؤية مشهد معين . فمن يدخل متحفاً أو محلا أثرياً أو حديقة للحيوانات أو معرضاً ، إنما يبرم عقد إيجار لا عقد مقاولة ، لأنه ينتفع بشيء معين على وجه خاص فى نظير أجرة معينة[١] .

١٩٨ — كيف يتم التعاقد مع النظارة : يصدر من صاحب المسرح إيجاب معروض على الجمهور (offre au public)، يكون عادة عن طريق إعلانات الحوائط (affiches) والإعلانات فى الصحف . وليست هذه الإعلانات دعوة إلى التعاقد فحسب ، بل هى إيجاب بات يتضمن الشروط الأساسية للتعاقد ، فيبين نوع وسائل التسلية وأية وسيلة منها بالذات (عنوان المسرحية أو الفيلم أو غير ذلك من وسائل التسلية) ، والتاريخ باليوم والساعة ، وأسماء الممثلين أو المغنين أو الموسيقيين أو غيرهم ممن يقومون بالأدوار الرئيسية ، والأجرة التى تتقاضى عن المقاعد المختلفة على تفاوت مراتبها . وهذه هى العناصر الرئيسية للتعاقد ، تكملها لوائح البوليس والعرف السائد . لذلك يعرض صاحب المسرح على الجمهور إيجاباً باتا شاملا لجميع عناصره ، لا مجرد دعوة للتعاقد ، كما سبق القول .

فإذا تقدم أحد أفراد الجمهور إلى شُباك التذاكر[٢] ، وطلب تذكرة لمقعد معين عارضاً أجرة هذا المقعد ، فقد تم التعاقد إذ اقترن القبول بالإيجاب ، ووجب على صاحب المسرح أو من يمثله أن يعطى للعميل التذكرة التى يطلبها بعد أن يتقاضى منه الأجر . ولا يجوز لصاحب المسرح أن يرفض إعطاء التذكرة للعميل الذى يعرض عليه الأجرة المطلوبة ، إلا إذا كانت المقاعد قد حجزت جميعها من قبل ولم يبق هناك مقعد خال ، أو إلا إذا كان العميل يقع

---

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٢٩ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ .

(٢) جاء فى المعجم الوسيط : الشُّباك (بالضم) النافذة تشبك بالحديد أو الخشب ، والنافذة مطلقاً — وجاء فيه أيضاً : التذكرة (بالكسر) بطاقة يثبت فيها أجر الركوب فى السكك الحديدية وما جرى مجراها ، والجمع تذاكر (محدثة) .

تحت حظر أعلن عنه صاحب المسرح كما إذا ذكر فى الإعلانات أنه يحظر دخول من هو دون سن معينة محافظة على الآداب[١] .

ويجوز أن يتم التعاقد ثم يدخل العميل فوراً لمشاهدة التمثيل ، بأن يتقدم إلى شباك التذاكر فى ميعاد التمثيل ويدفع أجرة مقعده ويدخل فى الحال . كما يجوز أن يتم التعاقد قبل ميعاد التمثيل بيوم أو أكثر ، فيحجز العميل مقعداً مقدماً ويدفع أجرته . وفى الحالتين يعطى العميل تذكرة تحمل أهم شروط التعاقد ، فيذكر التاريخ باليوم والساعة وعنوان المسرحية ونوع المقعد ورقمه والأجرة . أما شروط التعاقد الأخرى ، فبعضها مذكور فى الإعلانات التى أذاعها صاحب المسرح ، وبعض آخر يرجع فيه إلى لوائح البوليس ، والعرف [٢] . والتذكرة هى سند التعاقد[٣] ، وهى فى الوقت ذاته مخالصة بالأجرة إذ جرت العادة أن العميل يدفع الأجرة عند تسلم التذكرة . وهى فى يد العميل بمثابة السند لحامله ، فلا تتخصص للعميل بالذات ، ويستطيع هذا

---

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢١٩ – وهناك رأى يذهب إلى أن الإعلان عن المسرحية ليس إلا دعوة إلى التعاقد ، وأن الإيجاب إنما يصدر من العميل ، فيكون صاحب المسرح حراً فى أن يقبل أو يرفض التعاقد معه حتى لو وجدت مقاعد خالية (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٨ – محكمة كونياك ٢٩ مايو سنة ١٨٩٥ جازيت دى پاليه ٩٥ – ٢ – ٥٢٢) . ولكن هناك اتفاق على أنه إذا كان صاحب المسرح حصل على التزام (concession) من البلدية أو من الدولة لاستغلال مرفق التمثيل المسرحى، فإنه يتعين عليه ألا يرفض التعاقد مع أى من أفراد الجمهور يتقدم إليه بالأجرة المعينة فى مقعد خال (نقض فرنسى ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٤٤٩ – إكس ١٦ يوليه سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ – ٢ – ٢٠٧ – نيس ٢ يناير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ – ٢ – ١٩٣ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٩ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٠ ص ٢١٩ هامش ٢) . ويبدو على كل حال أن لصاحب المسرح أن يرفض التعاقد مع شخص يتقدم للدخول ويعرض الأجرة ، إذا كان هذا الشخص رث الثياب ، أو فى حالة لا تليق بمستوى جمهور النظارة كأن تطلب امرأة معروفة باحتراف الدعارة الدخول فى مرقص نلتقى فيه الأسرات من ذوى السمعة الحسنة.

(٢) ولا يتم التعاقد إلا إذا تم الاتفاق على رقم المقعد إذا كانت المقاعد تحمل أرقاماً ، وإلا جاز للعميل استرداد الأجرة إذا كان قد دفعها لعدم الاتفاق على رقم المقعد (باريس محكمة الصلح ٣٠ أبريل سنة١٩٢٦ جازيت دى پاليه ١٩٢٦ – ٢ – ٦٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٢ ص ٥٦٨) .

(٣) وذلك بالرغم من أن التذكرة لا تحمل توقيع صاحب المسرح ولا توقيع العميل ، ولكنها مع ذلك تقبل سنداً على صاحب المسرح جرياً على العرف .

أن ينزل عنها للغير بتسليمها إياه ، وآخر حامل للتذكرة وهو الذى يتقدم بها فى الميعاد لدخول المسرح هو صاحب الحق فى المقعد . ويجوز أن يشترط صاحب المسرح أن تكون التذكرة غير قابلة للتحويل ، ويقع ذلك عادة فى التذاكر المجانية التى تعطى هدية لأشخاص بالذات[١] . كذلك لا يجوز للعميل النزول عن مقعده للغير إذا كان مشتركاً (abonné) فى عدة حفلات ، لأنه يحصل فى هذه الحالة على خصم فى الأجرة يجعل الاشتراك ذا صفة شخصية[٢] . ويبقى الاشتراك تغلب فيه صفة المقاولة على صفة الإيجار ، ومن ثم تسرى قواعد المقاولة عند التعارض ، فلا يكون هناك تجديد ضمنى عند انتهاء الاشتراك ، وكان يقع التجديد الضمنى لو سرت قواعد الإيجار[٣] .

١٩٩ — التزامات صاحب المسرح : يترتب فى ذمة صاحب المسرح التزامات رئيسية ثلاثة : (١) تمكين العميل من مشاهدة المسرحية . (٢) ضمان السلامة والهدوء للعميل . (٣) المحافظة على ما يودعه العميل عنده من أمتعة كمعطف أو مظلة أو قبعة أو عصا أو نحو ذلك .

(الالتزام الأول) تمكين العميل من مشاهدة المسرحية : لتمكين العميل من مشاهدة المسرحية يلتزم صاحب المسرح أن يمكنه من الدخول إلى قاعة النظارة إلا إذا كان فى حال غير لائقة كما سيجىء[٤] ، وأن يجعله يحتل المقعد الذى خصص له إذا كان هناك مقعد مخصص ، فلا يجوز أن يجبر على قبول

---

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٢ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢٠ وهامش ٢ — باريس ١٢ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ — ٢ — ٢٣٢ .

(٢) Falco ص ٤١ — Maignien et Fouquet ص ٦ . ولكن إذا كان الاشتراك فى لوچ أوبنوار — حيث لا تتعين أشخاص بذواتها لشغل المقاعد كما يتعين شخص بالذات لشغل مقعد معين — فإنه يجوز أن تتغير أشخاص النظارة فى كل حفلة من حفلات الاشتراك (Falco ص ٤٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧١ ص ٢٢١) .

وإذا باع العميل مقعده للغير مخالفاً بذلك شروط التعاقد ، كان لصاحب المسرح منع المشترى من الدخول ، وكان لهذا الأخير — سواء منع من الدخول أو لم يرد استعمال التذكرة — أن يرجع على العميل بما دفعه له ثمناً للتذكرة (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٢) .

(٣) هيك ١٠ فقرة ٢٧٤ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٨ .

(٤) انظر ما يلى فقرة ١٩٩ — وإذا منع العميل بغير حق من الدخول ، استرد الأجرة التى دفعها مع التعويض (السين ٣ يوليه سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٨ — ٢ — ٨٥ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨) .

مقعد آخر[1] إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك وكان المقعد المعروض على العميل أفضل من مقعده الأصلى أو مماثلا له فلم تعد للعميل مصلحة فى الاعتراض على تغيير المقعد[2] . ويجب أن يكون المقعد فى مكان يسمح للعميل بمشاهدة المسرحية ، وإلا جاز له طلب استبدال مقعد آخر به يستطيع منه أن يشهد المسرحية أو رد الأجرة التى دفعها مع التعويض[3] ، وذلك كله ما لم يكن العميل قد شاهد المقعد قبل ذلك ورضى بما فيه من عيب[4] .

ويجب بعد ذلك أن يقدم صاحب المسرح للنظارة المسرحية أو وسيلة التسلية المعلن عنها ، ولا يجوز له أن يستبدل بها غيرها وإلا جاز للعميل أن يسترد الأجرة التى دفعها مع التعويض لإخلال صاحب المسرح بالتزامه . فإذا حالت قوة قاهرة دون ذلك ، كمنع الجهة الإدارية تمثيل المسرحية أو مرض من يقوم بالدور الرئيسى فيها مرضاً مفاجئاً ، فالعميل الذى لا يقبل استبدال مسرحية أخرى بالمسرحية التى تعاقد عليها له أن يسترد الأجرة التى دفعها لأن صاحب المسرح هو الذى يتحمل التبعة وفقاً لقواعد المقاولة ، ولكن دون تعويض لأن القوة القاهرة هى التى منعت صاحب المسرح من القيام بالتزامه[5] .

---

(١) Falco ص ٨١ – بودرى وڤال ١ فقرة ٤١٣٣ – Peyronnet ص ٩٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ – ولا يرجع العميل على الشخص الذى يحتل مقعده لإخلاء المقعد ، إذ لا توجد رابطة قانونية بينهما ، بل يرجع على صاحب المسرح . وعلى هذا الأخير أن يخلى له المقعد وإلا رد له الأجرة مع التعويض ، إذ أن صاحب المسرح مخطىء فى إعطاء مقعد العميل لشخص آخر ، أو فى توزيع عدد من التذاكر أكثر من المقاعد التى عنده. (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٣ – هيك ١٠ فقرة ٢٧٤ – السين ٢٥ نوفبر سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ – ٢ – ١٦٦) .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٣ – عكس ذلك بودرى وڤال ٢ فقرة ١٤٣٣ (ويذهبان إلى أنه لا يجبر العميل على قبول مقعد آخر غير مقعده الأصلى ، ولو كان مقعداً مماثلا أو مقعداً أفضل ، وحتى لو كان ذلك فى نظير خصم من الأجرة) .

(٣) قارن بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ وهامش ٧ .

(٤) السين ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ – ٢ – ٣٩١ – ٢٣ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ – ٢ – ٣٩١ – Falco ص ٨٧ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٣ مكررة – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ .

(٥) بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٢٠٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ص ٢٢١ – وانظر عكس ذلك وأن لصاحب المسرح فى حالة القوة القاهرة أن يستبدل =

ويجب أن يقدم صاحب المسرح المسرحية كاملة دون أن ينتقص منها شيئاً ، إلا ما جرى العرف بالتسامح فيه من حذف بعض المشاهد غير الجوهرية[1] . ويجب أن يكون القائمون بتأدية الأدوار الرئيسية فى المسرحية هم بالذات الذين أعلن عنهم صاحب المسرح ، فلايجوز استبدال غيرهم بهم[2] ، كما لا يجوز التعديل فى توزيع الأدوار بينهم بل يجب أن يقوم كل منهم بالدور الرئيسى الذى أعلن عنه ، فإن كل هذه الأمور مسائل جوهرية دخلت فى اعتبار العميل عند التعاقد[3] .

(الالتزام الثانى) ضمان السلامة والهدوء للعميل : ويضمن صاحب المسرح للعميل سلامته من أن يصاب بأذى من جراء وسائل التسلية التى يقدمها له ، أو بسبب وجوده فى قاعة النظارة . فصاحب « السيرك » يضمن سلامة النظارة من أن تصيبهم بأذى الحيوانات التى تقوم بالألعاب ، وفى مصارعة الثيران يضمن صاحب الملعب للنظارة سلامتهم من أن تصيبهم الثيران بأذى[4] ، وإذا انهار سقف على العميل أو أصيب بشظايا زجاج كان صاحب المسرح مسئولا عن ذلك . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لاتنتفى إلا بإثبات السبب الأجنبى[5] .

= بالمسرحية غيرها دون أن يلزم برد الأجرة للعميل : Peyronnet ص ٨٦ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٤ .

(١) باريس ٤ مارس سنة ١٨٨٢ داللوز ١٨٨٢ – ٢ – ٢٤٣ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٦ ص ١٢٠١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ .

(٢) حتى لو كان الاستبدال لقوة قاهرة كرض الممثل الأصلى ، وفى هذه الحالة يرد صاحب المسرح الأجرة للعميل ولكنه لا يدفع تعويضاً (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٦) .

(٣) السين ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت دى تريبينو ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٦ – Peyronnet ص ٨٤ – Falco ص ١٣٤ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٦ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢١ – ص ٢٢٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٣ .

ولكن يجوز لصاحب المسرح أن يذكر فى الإعلانات أو فى تذاكر الدخول أن له الحق فى تغيير الممثلين أو فى تعديل توزيع الأدوار عليهم (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٦ ص ١٢٠٢ وهامش ٣) .

(٤) ويكون صاحب المسرح مسئولا عن أى أذى يلحق النظارة بفعل القائمين بالتمثيل ، كما إذا أطلق أحد الممثلين عياراً نارياً فأصاب أحد النظارة ، حتى لو كانت الفرقة لا تعمل فى المسرح بصفة دائمة بل كانت فرقة عابرة (troupe de passage) (مارسيليا ١٠ يونيه سنة ١٨٩١ مجموعة أحكام إكس ٩١ – ٢ – ٢١٩ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٥) .

(٥) نانسى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٧ – ٢ – ٢٥ مع تعليق لالو – ليون =

وكما يضمن صاحب المسرح سلامة العميل ، يضمن له كذلك الهدوء والطمأنينة حتى يتمكن من مشاهدة ما يقدم له من وسائل التسلية دون لغب أوضوضاء تعكر عليه صفو المشاهدة . ويطبق صاحب المسرح لتحقيق ذلك لوائح البوليس ونظمه ، ويستعين عند الضرورة برجال الشرطة لحفظ النظام وإخراج المشاغبين(١) .

(الالتزام الثالث) المحافظة على ما يودعه العميل : ويقع كثيراً أن يكون للعميل من الحوائج ما يحتاج إلى إيداعه ، كمعطف يخلعه أو مظلة أو عصا يتركها فى مخزن الأمانات . فهذه يتسلمها صاحب المسرح أو ممثله ويكون مسئولا عن المحافظة عليها مسئولية المودع عنده فى الوديعة المأجورة ، فإنه يتقاضى عادة أجراً زهيداً عنها . وإذا كان النظام يقضى على العميل بإيداعها ، فإن الوديعة تكون وديعة اضطرارية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، وفى الحالات الأخرى تثبت الوديعة عادة بإبراز تذكرة تحمل رقما (ticket) يتسلمها العميل عند الإيداع ، وذلك مهما بلغت قيمة الشىء المودع لأن العرف هنا يقضى بذلك(٢) .

٢٠٠ — التزامات العميل : ويلتزم العميل بدفع الأجرة ، ويدفعها عادة عند تسلم التذكرة . وليس له أن يستردها حتى لو منعه حادث قهرى من

= ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ — ٢ — ١٧ مع تعليق چوسران — السين ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٩ — ١ — ٧٢ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣ .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٣ — وفى جميع الأحوال التى يخل فيها صاحب المسرح بالتزاماته بحيث يترتب على هذا الإخلال أن يرد صاحب المسرح للعميل الأجرة مع التعويض ، يسقط حق العميل بالتقادم العادى ، ولكن يغلب أن يفسر سكوت العميل عن المطالبة بحقه مدة تزيد على المألوف فى مثل هذه الظروف بأنه نزول ضمنى عن هذا الحق (قارن بودرى وثال ٢ فقرة ٤١٣٧) .

(٢) باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٣٢٣ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٢ ص ٢٢٣ — وانظر فى إيداع الشخص معطفه وعصاه ونحو ذلك فى مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح ما يلى عند الكلام فى الوديعة الاضطرارية فقرة ٣٨٧ — فقرة ٣٨٨ .

مشاهدة المسرحية ، كأن مرض أو اضطر إلى السفر[١] . ولكن له أن ينزل عن مقعده لمن يشاء كما قدمنا ، بمقابل أو بغير مقابل ، وذلك ما لم يكن قد أعطى التذكرة مجاناً على سبيل الهدية فلا يجوز النزول عنها للغير وقد سبق بيان ذلك[٢] .

ويلتزم العميل أيضاً بأن يحافظ على الهدوء والنظام وهو يشاهد المسرحية ، فلا يحدث ضوضاء أو جلبة تعكر الهدوء على النظارة . وإذا كان النظام يقضى بخلع غطاء الرأس – لاسيما بالنسبة إلى السيدات – وبأن يمنع التدخين ، وجب عليه أن يراعى ذلك . ويلتزم بوجه عام ألا يأتى عملا يكون من شأنه أن يحول دون تمكن النظارة ، وبخاصة من يجاوره منهم ، من الاستمتاع بالمسرحية . فلا يجلس فى مقعده فى وضع يكون من شأنه أن يحرم من مشاهدة المسرح من يجلس خلفه من النظارة ، إلا إذا كان العيب لا يرجع إليه بل يرجع إلى الوضع الطبيعى للمكان . ولا يتحدث بصوت عال فى أثناء التمثيل ، فيشوش على جيرانه . وإذا قضى النظام بألا يدخل قاعة التمثيل متأخراً أو يغادرها مبكراً حتى لا يعكر السكينة فى أثناء التمثيل ، وجب عليه أن يراعى ذلك[٣] .

وقد يمنع النظام النظارة فى أثناء التمثيل من إبداء علامات الاستحسان بالتصفيق أو علامات الاستهجان بالتصفير ، فلا يجوز فى هذه الحالة للعميل أن يأتى شيئاً من ذلك إلا عند نهاية التمثيل أو عند نهاية كل فصل من فصوله ، حيث لا يكون لتصفيقه أو لتصفيره أثر فى تعكير الهدوء الواجب فى أثناء تأدية الممثلين لأدوارهم . وإذا لم يوجد نظام يمنع من ذلك ، وجب عليه ألا يبالغ فى تصفيقه أو فى تصفيره حتى لا يشوش على النظارة[٤] . والجزاء على مخالفة

---

(١) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ – باريس محكمة الصلح ٢٦ أبريل سنة ١٩٠١ جازيت دى تريبينو ٥ مايو سنة ١٩٠١ – ولا يجوز للعميل أن يطلب حضور حفلة أخرى بدلا من الحفلة التى تغيب عنها ، وإذا ادعى أن التذكرة أعطيت له خطأ عن حفلة غير الحفلة التى طلبها فعليه إثبات ذلك (باريس محكمة الصلح ٢٦ أبريل سنة ١٩٠١ جازيت دى تريبينو ٥ مايو سنة ١٩٠١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٠ ص ١١٩٨ وهامش ٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩٨ .

(٣) السين ١٩ أبريل سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ – ٢ – ٢٨٥ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٤ ص ٥٧٠ .

(٤) نقض فرنسى جنائى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ – ١ – ٢٨٨ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٤ ص ٥٧٠ .

النظام فى كل ما تقدم هو حق المسرح فى طرد العميل الذى يخل بالتزامه دون أن يرد له الأجرة ، وهذا ضرب من ضروب فسخ العقد بسبب خطأ أحد المتعاقدين مع احتجاز الأجرة على سبيل التعويض ، وإن كان أمر الفسخ متروكاً هنا للمتعاقد الآخر دون حاجة للالتجاء إلى القضاء ، لما يجب من السرعة فى تنفيذ الفسخ وجرياً على العرف [1].

المبحث الثالث

العقد مع رجل الأعمال(*)

Contrat passé ovce un agent d'affaires

٢٠١ — صور مختلفة للتعاقد مع رجل الأعمال : قد يتعاقد شخص مع رجل من رجال الأعمال على أن يؤدى له خدمة معينة فى مقابل أجر معين ، فيكون العقد فى هذه الحالة عقد مقاولة . وقد يتضمن عقد وكالة إذا دخل فى الأعمال المتعاقد عليها أن يقوم رجل الأعمال بتصرف قانونى ينوب فيه عن المتعاقد معه ، فيكون العقد فى هذه الحالة مزيجاً من مقاولة ووكالة [2] .

---

(١) السين ٣١ يوليه سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٨ — ٢ — ٨٥ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣١ ص ١١٩٨ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٤ .

وقد يقضى النظام على النظارة أن يرتدوا ملابس السهرة فى بعض الحفلات ، فيجب على العميل أن يرتدى هذه الملابس ، ويكون لصاحب المسرح الحق فى منعه من الدخول دون أن يرد له الأجرة إذا هو لم يرتدها (السين ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٣ — ٣٥٣) — وإذا لم تشترط ملابس خاصة ، كان للعميل أن يرتدى ملابسه العادية ، ولايجوز منعه من الدخول إلا إذا كان فى حالة غير لائقة يتأذى منها جمهور النظارة (بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٣ ص ٢٢٣) .

(*) مراجع : ڤال فى الوساطة فى الزواج بحث فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧١ وما بعدها — تعليقه فى سيريه ١٩٠٥ — ١ — ٢٨١ — وفى سيريه ١٩٠٥ — ٤ — ٥ — Saumien بحث فى مسئولية وكالات الاستعلامات التجارية فى حولية القانون التجارى ٩٣ سنة ١٨٩٩ — جيوار فى عقد الوكالة فقرة ١٦٦ وفى عقد البيع ١ فقرة ١٣٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣١١ — فقرة ٣١٢ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٩ — فقرة ٤١٧٤ .

(٢) فإذا عهد شخص لرجل أعمال بإيجاد مشتر لعقاره وبعقد الصفقة معه كوكيل عن البائع ، كان العقد مزيجاً من المقاولة (السمسرة) والوكالة (السين ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٣ Droit ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٤٣ ص ١٢٠٥ وهامش ٢) .

وصور التعاقد مع رجل الأعمال مختلفة متنوعة . فقد يتعاقد شخص مع مكتب تخديم (bureau de placement) ليقدم له من يحتاج إليهم من الخدم ، فى مقابل أجر يتقاضاه المكتب[١] . وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال على أن يحصل الديون التى له فى ذمة طائفة معينة من مدينيه ، فى مقابل أجر يتقاضاه رجل الأعمال[٢] .

وقد يتعاقد شخص مع وكالة استعلامات (agence de renseignements) لتقديم معلومات عن ملاءة تاجر معين أو عن سمعته التجارية فى السوق أو عن سمعة شخص يريد الدخول معه فى شركة أو نحو ذلك من المعلومات ، فى مقابل أجر تتقاضاه وكالة الاستعلامات[٣] . وقد يتعاقد شخص مع رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لإثبات حقوق الأول فى تركة والاستيلاء على هذه الحقوق وتسليمها لصاحبها ، فى مقابل مبلغ معين من المال أو فى مقابل حصة من نصيب الوارث[٤] . وقد يتعاقد شخص مع آخر على أن يكون وسيطاً له فى اختيار زوجة صالحة — وهذا ما يسمى بعقد الوساطة فى الزواج (courtage matrimonial) — وذلك فى نظير أجر معين[٥] . وقد يتعاقد صاحب المسرح مع رجل أعمال على أن يقدم له أشخاصاً يشهدون

---

(١) ويكون العقد مقاولة (باريس ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ جازيت دى پاليه ٩٥ — ١ — ١٦٤ — السين ٢٨ يونيه سنة ١٨٩٥ جازيت دى باليه ٩٥ — ٢ — ١٨٢) .

(٢) ويكون العقد مقاولة إذا اقتصر رجل الأعمال على العمل المادى ، وهو تحصيل الديون وإعطاء مخالصة موقعة من الدائن . أما إذا جاوز ذلك إلى قبض الديون نيابة عن الدائن وإعطاء مخالصة بها موقعة بإمضائه بوصفه وكيلا ، كان العقد وكالة (أورليان ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ Loi ٦ مارس سنة ١٨٩١ — دربه ٢٠ أبريل سنة ١٨٩١ Driot ٨ سبتمبر سنة ١٨٩١ — السين ٤ يناير سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٣ — ١ — ٢٩٢) .

(٣) ويكون العقد مقاولة (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٩ ص ١٢٠٤ — عكس ذلك السين ٣ نوفبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٣ — ٢ — ٩٩) .

(٤) ويكون العقد مقاولة (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٤١) . وقد قضى بأن العقد هنا عقد من نوع خاص (sui generis) ، وليس بعقد مقاولة (باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ — ٢ — ١٩٣) . وذهب بعض إلى أن العقد وكالة (بوردو ١٨ يوليه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ — ٢ — ٢٣٥ — جيوار فى الوكالة فقرة ١٦٦) .

(٥) ويكون العقد مقاولة (بودرى وڤال ١ فقرة ٤١٣٩ ص ١٢٠٤ — عكس ذلك السين ٣ مارس سنة ١٨٩١ جازيت دى پاليه ٩١ — ٢ — ٥٢٧) .

تمثيل مسرحيه ويشجعون القائمين بالتمثيل بهتافات الاستحسان من وقت لآخر (entreprise de succès dramatique) ، فى مقابل أجر معين[1] .

والسمسرة (courtage) بمختلف أنواعها – السمسرة فى شراء العقارات وبيعها وفى إيجارها واستئجارها وفى عقد الصفقات المختلفة والقروض والرهنيات وما إلى ذلك – ليست إلا عقد مقاولة مع رجل من رجال الأعمال هو السمسار ، تخصصت بكيان ذاتى فأصبحت عقداً مسمى ويدعى بعقد السمسرة ، وهى من مباحث القانون التجارى فلا شأن لنا بها هنا .

٢٠٢ – متى يكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحاً : ويكون التعاقد مع رجل الأعمال صحيحاً إذا استوفى شروط الصحة وفقاً للقواعد العامة ، وأهم هذه الشروط أن يكون محل التعاقد مشروعاً ، فلا يكون مخالفاً للنظام التام أوللآداب .

وهناك عقود لا شك فى بطلانها لمخالفة محلها للنظام العام أوللآداب . مثل ذلك التعاقد مع شخص لاستغلال نفوذه فى الدوائر الحكومية للحصول على صفقة أو ترخيص أووظيفة أو نحو ذلك ، فهذا تعاقد باطل لمخالفته للنظام العام[2] . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع صحفى على أن يقود حملة صحفية لترشيحه لوظيفة معينة ، أو على أن يروج لشركة حتى تباع أسهمها ، وذلك فى مقابل أجر معين ، فيكون التعاقد باطلا لمخالفته للنظام العام[3] . ومثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر ليحصل له على رخصة لإدارة منزل للدعارة أولإدارة ناد للقمار ، فيكون التعاقد باطلالمخالفته للآداب .

وهناك عقود لا شك فى صحتها ، كالتعاقد مع مكتب التخديم ، والتعاقد على تحصيل الديون ، والتعاقد مع وكالة استعلامات للحصول على معلومات

---

(١) ويكون العقد مقاولة (باريس ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ٢ – ١٤٤ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٩٧) .

(٢) نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ٥٠٩ – السين ٢٦ يوليه سنة ١٨٩٤ جازيت دى پاليه ٩٤ – ٢ – ٢٨٥ – بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٤٧ وفقرة ٤١٩٧ مكررة .

(٣) Rodez ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ جازيت دىپاليه ٩٥ – ١ – ٦٣ – السين١٢ يونيه سنة ١٨٩٥ جازيت دى پاليه ٩٥ – ٢ – ٤١ .

معينة ، والتعاقد مع سمسار لشراء عقار لبيعه ، ونحو ذلك أو من العقود التي لا تقوم شبهة في مشروعية محلها .

وهناك عقود قد يقوم الشك في صحتها ، ونسوق في هذا الصدد أمثلة ثلاثة : (١) عقد الهتافة . (٢) وعقد إثبات حقوق الميراث . (٣) وعقد الوساطة في الزواج .

١ — عقد الهتافة (contrat de claque) : كان القضاء الفرنسي يذهب إلى أن العقد الذي يتم بين صاحب المسرح وكبير الهتافة ، ويقضي بأن يخصص صاحب المسرح مقاعد للهتافة(claque)يشهدون التمثيل ويصفقون للممثلين ترويجاً للمسرحية وعملا على إنجاحها في مقابل أجر معين ، عقد باطل لمخالفته للآداب ، إذ هو من شأنه أن يدخل الخديعة والغش على جمهور النظارة حتى يروا حسناً ما ليس بالحسن[1] . ولكن الظاهر أن هذا الرأي قد عدل عنه إلى الرأي العكسي ، وأصبح عقد الهتافة يعتبر صحيحاً « لأن الهتافة — كما ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط[2] — قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين » ، ولأن هذا التشجيع إذا صادف أهلا كان في محله ، وهو على كل حال لن يخدع النظارة وقتاً طويلا ، وإذا شجع الفنان المبتدئ وكان ذا مواهب جدية أفاده التشجيع كثيراً وساعده إلى حد بعيد على إظهار مواهبه[3] .

٢ — عقد إثبات حقوق الميراث (contrat d'établissement des droits héréditaires) : ونميز هنا بين صورتين لهذا العقد . (الصورة الأولى) أن يكون الوارث عالماً بحقه في الميراث ، ولكن يشق عليه أن يصل إليه بجهده وحده أو ليس عنده من المال ما يجب إنفاقه لإثبات حقه أمام القضاء . فيلجأ إلى رجل أعمال يتعهد بأن يقوم بالجهد الضروري وبأن ينفق المال اللازم لإثبات حق الوارث

---

(١) باريس ٢٣ يوليه سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ٥ — ٤٥٠ — ٨ أغسطس سنة ١٨٥٣ سيريه ٥٣ — ٢ — ٤٩٩ — ليون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ٢ — ٦٨ — السين ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ٢ — ٢٨٦ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢٤١ ص ٤١٣ .

(٣) باريس ٥ أبريل سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ٢ — ٤١٤ — بودري وفال ٢ فقرة ٤١٤٨ — الوسيط ١ فقرة ٢٤١ .

حتى يتمكن هذا من الاستيلاء عليه ، وذلك فى مقابل مبلغ من المال يعطيه إياه الوارث بعد أن يصل إليه حقه ، أو فى مقابل حصة معينة فى حق الميراث ينزل عنها الوارث له . ولاشك فى صحة العقد فى هذه الصورة ، فهو عقدمقاولة محله مشروع (١) . (والصورة الثانية) أن يكون الوارث غير عالم بحقه فى الميراث ، فيتفق معه أحد النسابة (généologistes) على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه وهو يجهله فى مقابل أجر معين ، سواء كان مبلغاً معيناً أوحصة فى هذا الميراث ، وهذا ما يسمى بالكشف عن الإرث (révélation de succession) . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون استحقاق الوارث للميراث سراً حقيقياً لم يكن الوارث ليستطيع كشفه إلا عن طريق هذا النسابة ، فيكون الاتفاق صحيحاً لأنه يقوم على كشف سر حقيقى يعود بالنفع المحقق على الوارث وهو يدفع مقابلا لذلك (٢) . وإما أن يكون استحقاق الوارث للميراث ليس بهذا القدر من الخفاء ، وأن الوارث كان يستطيع أن يعلم باستحقاقه للميراث عن طريق آخر ، فلا يكون فى الأمر سر لا يستطيع كشفه إلا النسابة ، ويكون محل التعاقد — وهو الكشف عن سر كان الوارث لا يستطيع أن يعلمه من طريق آخر — محلا غير موجود ، ومن ثم يكون العقد باطلا لانعدام المحل (٣) .

---

(١) نقض فرنسى ٧ مايو سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ — ١ — ٢٧٣ — باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ — ٢ — ١٩٣ — بوردو ١٨ يوليه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ — ٢ — ٢٣٥ — السين ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ أاللوز ١٩٠٦ — ٥ — ٥ — نقض بلچيكى ١٢ يوليه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦ — ٢ — ٤ — ريمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ — جيوار فى البيع ١ فقرة ١٣٩ — لوران ١٦ فقرة ١١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٢ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٤٥ — ولكن يلاحظ أن الوارث إذا أبرم هذا العقد مع محام وجعل الأجر حصة فى حق الميراث المتنازع عليه ، كان العقد باطلا ، إذ تنص المادة ٤٧٢ مدنى على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا » .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢٤١ ص ٤١٣ — ولا يكون هذا المقابل قابلا للتخفيض ، إذ العقد ليس بوكالة بل هو مقاولة . ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٠ (وقد قضت المحكمة بأن الأجر الذى يشترطه شخص على آخر فى مقابل الكشف له عن وصية يكون خاضعاً لتقدير القاضى) .

(٣) باريس ١٢ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ — ٢ — ١٩٣ — بوردو ١٨ يوليه —

٣ ــ عقد الوساطة فى الزواج (courtage matrimonial) : نجتزئ هنا بما سبق أن ذكرناه فى هذا الصدد فى الجزء الأول من الوسيط : « عقد الوساطة فى الزواج هو أيضاً عقد سببه غير مشروع على رأى . . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء[1] يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط فى هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون فى مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود[2] . والقضاء فى مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية[3] ببطلان العقد ، لا سيما فى بلد كمصر حيث يسهل على « الخاطبة » أن تخدع الزوج فى أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل[4] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة[5] بصحة

= سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ – ٢ – ٢٣٥ – السين ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٦ – ٥ – ٥ – جيوار فى الوكالة فقرة ١٦٦ – بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٢ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٤٥ ص ١٢٠٦ – والوارث هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه كان يستطيع أن يعلم باستحقاقه فى الميراث من طريق آخر (بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٤٥ ص ١٢٠٦) .

(١) ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ – لوران ١٦ فقرة ١٥١ – لاردمبيرم ١١٣٣ فقرة ١١ – بفنوار ص ٥٤١ – عكس ذلك وأن العقد صحيح وسببه مشروع : بودرى وبارد ١ فقرة ٣١١ – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٤٩ – ڤال فى الوساطة فى الزواج فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٤ ص ٤٧١ وما بعدها .

(٢) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ – ١ – ١٤٧ – ومع ذلك انظر نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٤٢٠ – وانظر بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٤٩ ص ١٢٠٨ هامش ٢ .

(٣) عابدين ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ – وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .

(٤) ويؤيد هذا الرأى والتون جزء أول ص ٢٨٥ – ص ٢٨٨ – محمد صالح فى الالتزامات ص ٢٥٤ .

(٥) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ – وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .

العقد إذ أن الغرض الذى يرمى إليه مشروع ، فهو ييسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلا إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا إذا تم الزواج »[1] . ويمكن القول ، فى عبارة أخرى ، بأنه إذا كان التزام الوسيط فى الزواج التزاماً بتحقيق غاية ، كان العقد باطلا . أما إذا كان التزامه التزاماً ببذل عناية – أى ببذل العناية الممكنة للعثور على زوج صالح نجح أو لم ينجح – فإن العقد يكون صحيحاً[2] .

٢٠٣ – التزامات رجل الأعمال : فإن تم التعاقد مع رب الأعمال صحيحاً على النحو الذى بسطناه ، ترتب على العقد التزامات فى ذمة رجل الأعمال ، وأخرى فى ذمة العميل .

ويلتزم رجل الأعمال بأن ينجز العمل المعهود به إليه ، وتسرى فى ذلك القواعد المقررة فى عقد المقاولة . فإذا ارتكب خطأ كان مسئولا عنه مسئولية عقدية . مثل ذلك أن يعطى مدير مكتب التخديم معلومات خاطئة عن الخادم الذى يقدمه ، أو عن السيد الذى يقدم له الخادم ، فيكون مسئولا إذا نجم ضرر عن هذه المعلومات الخاطئة[3] . ولكن رجل الأعمال الذى توسط فى إبرام عقد لا يكون مسئولا عما يحدث بعد إبرام هذا العقد . فإذا توسط فى إيجاد عمل لشخص وتم عقد العمل فإنه لا يكون مسئولا بعد ذلك عن عدم وفاء رب العمل بالتزاماته[4] ، أو قدم للمؤجر مستأجراً وتم عقد الإيجار فإنه لا يكون مسئولا بعد ذلك عن عدم وفاء المستأجر بالأجرة[5] ، ولا عن أن

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٢٧٠ ص ٤٤٤ – ص ٤٤٥ .

(٢) ويترتب على ذلك أنه إذا لم يبذل الوسيط العناية الواجبة ، أى لم يقم بالتزامه ، فإنه لا يستحق أجراً لأنه لم ينفذ العقد (نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٤٢٠ – سيريه ١٩٠٥ – ١ – ٢٨١ مع تعليق ڤال – بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٤٩ مكررة) .

(٣) باريس ١٧ يوليه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ – ٢ – ١٠٤ – السين ١٩ فبراير سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٣٠١ .

(٤) ليون ١٣ يونيه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥ – ٢ – ٢٩٢ .

(٥) بوردو الابتدائية ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مجموعة أحكام بوردو ٩٥ – ٢ – ٢٤ .

العين المؤجرة كانت مشغولة من قبل بشخص مريض مرضاً معدياً إذا كان يجهل ذلك[١] .

ويعتبر خطأ موجباً للمسئولية أن تعطى وكالة استعلامات لشخص تعاقد معها معلومات خاطئة عن ملاءة شخص معين أوعن سمعته . فإذا كانت المعلومات الخاطئة نتيجة خطأ من نفس الذى تعاقد مع وكالة الاستعلامات ، كأن أعطى للوكالة اسما غير صحيح للاستعلام عنه ، فإن وكالة الاستعلامات لا تكون فى هذه الحالة مسئولة[٢] . كذلك لا تكون الوكالة مسئولة إذا لم ينجم عن المعلومات الخاطئة ضرر للعميل[٣] ، أو إذا اشترطت الوكالة عدم مسئوليتها بشرط ألاّ تكون قد ارتكبت غشا أو خطأ جسيما ، وذلك وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن[٤] . وترجع الوكالة ، إذا تحققت مسئوليتها عن المعلومات الخاطئة ، على من أعطاها هذه المعلومات عن سوء نية[٥] . وإذا أفشى العميل هذه المعلومات الخاطئة ، مخالفاً بذلك التزامه بالمحافظة على سرية المعلومات ، كان مسئولا نحو من أعطيت عنه المعلومات الخاطئة ، ونحو الوكالة التى أعطت له المعلومات إذا قضى عليها بالتعويض بسبب انتهاكه لحرمة السرية[٦] . أما إفشاء العميل للمعلومات ، إذا كانت صحيحة ، فلا تترتب عليه أية مسئولية[٧] .

(١) بوردو الابتدائية ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ مجموعة أحكام بوردو ٩٥ — ٢ — ٢٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه — وانظر بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٦٠ .

(٢) السين ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٣ — ٢ — ٩٩ — ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ Loi ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٦ .

(٣) السين أول يوليه سنة ١٨٩٣ جازيت ذى تريبينو ٢٩ أغسطس سنة ١٨٩٣ — باريس ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سيريه ٩٩ — ٢ — ١١ .

(٤) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٦٢ — وإذا أعطى شخص لآخر معلومات خاطئة ، ولم يتقاض عن ذلك أجراً بل كان متبرعاً ، فإنه لا يكون مسئولا إلا عن غشه أو عن خطأه الجسيم ، وفقاً للقواعد المقررة فى عقود التبرع (باريس ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ جازيت دى پاليه ٨٩ — ٢ — ٣٣٢ — مونپلييه ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ جازيت دى پاليه ٩٠ — ١ — ٣٩٠ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٦٦) .

(٥) بوردو الابتدائية ١٧ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ٢ — ٢٦٠ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٦٥ .

(٦) باريس ٢١ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٤ — ٢ — ١٦٢ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٦٣ — عكس ذلك باريس ٢٧ يوليه ١٨٩٧ Loi ١٧ مايو سنة ١٨٩٨ .

(٧) السين ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ Droit ١٨ يناير سنة ١٨٩٦ — بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٣٦ .

٢٠٤ — **التزامات العميل** : والعميل الذى تعاقد مع رجل الأعمال يلتزم بدفع الأجر المتفق عليه . فإذا لم يتفق على أجر ، وجب مع ذلك على العميل أن يدفع لرجل الأعمال أجراً ، إذ الأصل أن هذا الأخير يعمل بأجر كسائر رجال الأعمال . ويرجع فى هذه الحالة ، فى تحديد الأجر ، إلى قيمة العمل ونفقات رجل الأعمال (م٦٥٩ مدنى) . ويراعى العرف أيضاً ، كما هو الأمر فى أجر السمسار . ولكن يشترط أن يكون هناك عقد بين العميل ورجل الأعمال ، أما إذا تطوع رجل الأعمال فقدم خدمة للعميل دون أن يكون بينهما عقد فإنه لا يرجع عليه إلا بموجب قواعد الإثراء بلاسبب . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق شخص مع المالك على أن يبحث له عن مستأجر ، فعثر الشخص على مستأجر دون أن يتفق معه على أجر ، فإنه لا يستحق أجراً إلا من المالك[1] .

ويكون الأجر مستحقاً نجح رجل الأعمال فى سعيه أولم ينجح ، إذا كان التزامه التزاماً ببذل عناية ، بشرط أن يبذل العناية الواجبة . أما إذا كان التزامه التزاماً بتحقيق غاية ، فإنه لايستحق الأجر إلا إذا نجح فى سعيه[2] .

وإذا عين الاتفاق أجراً لرجل الأعمال ، لم يجز تخفيضه ، لأن العقد مقاولة وليس وكالة ، والتخفيض لا يرد إلا على أجر الوكيل[3] .

ولرجل الأعمال أن يحبس ما يقع تحت يده من مال للعميل بسبب العقد وذلك حتى يستوفى أجره ، وفقاً للقواعد المقررة فى حق الحبس .

المبحث الرابع

عقد الإعلان(*)

(contrat de publicité)

٢٠٥ — **الصور المألوفة للإعلان — كيف يتم التعاقد على الإعلان :** إذا أراد التاجر الإعلان عن سلعته ، أو الصانع عن مصنوعاته ، أو المنتج

---

(١) مارسيليا الابتدائية ١٨ أكتوبر سنة ١٨٨٩ مجموعة أحكام مارسيليا ٩٠ — ١ — ٣٣ — بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٥٥ .

(٢) قارن بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٥٣ .

(٣) بودرى وفال ٢ فقرة ٤١٥٦ .

(*) مراجع : Duplat الجريدة وحياتها القانونية بروكسل سنة ١٩٠٩ — Hémet فى الإعلان التجارى والصناعى باريس سنة ١٩٥٠ .

لشيء مادى أو أدبى أو فنى عن إنتاجه ، أو من يريد عقد صفقة عن الصفقة التى يريد عرضها على الجمهور ، فإنه يضع العبارات التى يختارها للإعلان ، ويتعاقد مع ناشر على نشر هذه العبارات على الجمهور حتى يصل إلى علم الناس الإعلان الذى يريده . وطرق نشر الإعلان مختلفة متنوعة . وأكثر هذه الطرق شيوعاً هى الإعلان عن طريق المطبوعات ، والإعلان عن طريق اللصق على الحيطان أو التعليق على قوائم تثبت فى الأرض أوفوق الأسطح ، والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة كالسينما والراديو والتليفزيون[١] .

فالإعلان عن طريق المطبوعات يتم بنشر الإعلان فى مطبوعات دورية كالجرائد والمجلات ، أو فى مطبوعات غير دورية كالكتب والنشرات ، وقد تكون النشرة مخصصة كلها للإعلان وحده . ويكون عقد الإعلان فى هذه الحالة عقد مقاولة ، المقاول هو ناشر الإعلان — صاحب الجريدة أو المجلة أو الكتاب أو المطبعة — ويتعهد بطبع الإعلان فى مطبوعاته وبتوزيعه على الجمهور مع توزيع هذه المطبوعات ، ورب العمل هو صاحب الإعلان يتعهد بدفع الأجر لناشر الإعلان[٢] .

والإعلان عن طريق اللصق أو التعليق يتم بلصق الإعلان على حائط مطبوعاً طبعاً عادياً أو بحروف مضيئة ، أو معلقاً على قوائم متينة فى الأرض أو فوق أسطح العمارات العالية حيث يكون الإعلان عادة بحروف مضيئة

= رسائل : Feltaine فى الإعلان التجارى كان سنة ١٩٠٣ — Demortain فى عقود الإعلان باريس سنة ١٩٢٥ — Puybusque فى عقود الإعلان باريس سنة ١٩٢٥ — Bourdais فى الصحافة الحديثة والإعلان باريس سنة ١٩٣٩ — Worms فى النظام القانونى للإعلان التجارى (رسالة على الآلة الكاتبة) باريس سنة ١٩٤٣ .

وانظر « تقنين قواعد العرف فى الإعلان » (Code des usages de la publicité) : وضعه رجال الأعمال ومحترفو مهنة الإعلان فى فرنسا ، وصدر فى سنة ١٩٢٢ .

(١) ويكون الإعلان أيضاً بطريق النداء على السلعة فى الطرق العامة ، وبطريق مخاطبة الجماهير فى صورة توجه الأنظار إلى الأمر المعلن عنه ، كحفلة تمثيلية أومزاد فى بعض المتاجر .

(٢) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦ — Worms ص ٤٠ — وذهب رأى إلى أن العقد إيجار ويقع على المكان الذى نشر فيه الإعلان (Dreyfus حوليات الإعلان سنة ١٨٩٥ ص ١١٣) . ولكن هذا الرأى لا يعتد بأن ناشر الإعلان يتعهد ، لا فحسب بتخصيص مكان للإعلان ، بل أيضاً بالقيام بأعمال نشر الإعلان من طبع وتوزيع وما إلى ذلك .

حتى يتمكن الجمهور من قراءته . وإذا اقتصر صاحب العقار الذى يلصق فيه الإعلان أويعلق على أن يخصص للإعلان مكاناً فى الأرض أو فى الحائط أو فوق السطح ، على أن يقوم صاحب الإعلان بالأعمال اللازمة للصق إعلانه أو تعليقه مع تعهده بالصيانة ، فالعقد الذى يتم بين صاحب العقار وصاحب الإعلان يكون عقد إيجار للمكان الذى يلصق فيه الإعلان أويعلق ، لأن صاحب العقار لا يلتزم إلا بتمكين صاحب الإعلان من الانتفاع بمكان معين لأغراض الإعلان ، وتسرى على العقد قواعد الإيجار[1] . أما إذا تعهد صاحب العقار بالأعمال اللازمة للصق الإعلان أو تعليقه وبتعهد الإعلان بالصيانة ، فقد التزم بالقيام بعمل فى نظير أجر معين ، ويكون العقد فى هذه الحالة مقاولة[2] .

والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة يكون فى كثير من الأحيان عن طريق السينما ، فيظهر الإعلان على الشاشة أو فى صورة مشهد سينمائى ، وقد يكون مكتوباً على ستار مسرح السينما فيكون بمثابة الإعلان الملصق بالحائط أوالمعلق على قائمة . وقد يكون بطريق الراديو بالسماع الصوتى ، أو بطريق التلفزيون بالسماع الصوتى والمشاهدة البصرية . ويكون عقد الإعلان فى جميع هذه الفروض عقد مقاولة ، والمقاول هو صاحب دار السينما ، أوإدارة الراديو أو التلفزيون ، ويتعهد بنشر الإعلان فى مقابل أجر معين يدفعه رب العمل وهو صاحب الإعلان .

ويتم التعاقد على الإعلان بين صاحب الإعلان وناشره ، وناشر الإعلان هو المقاول وقد سبق تحديده فى كل طريقة من طرق نشر الإعلان . ولايوجد شكل خاص للعقد ، فهو عقد رضائى يتم بتوافق الإيجاب والقبول[3] ،

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ٢١٣ — ٦ فبراير سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٦١ — ٣ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ٢٥٧ — ١١ مايو سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩—٣٤٦ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ — محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٧ ص ٥٥٨ .

(٢) نقض فرنسى ٢٦ مارس سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ — ٣٥٣ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٤ ص ٢٢٥ — وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٦ ص ٥٥٩ .

(٣) ومحل التعاقد هو تحقيق عمل إعلانى (acte de publicité) (Demortain ص ٢١ — محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٥٥) — فإذا لم تكن نية المتعاقدين تحقيق عمل إعلانى، وإنما =

ويثبت طبقاً للقواعد العامة المقررة فى الإثبات[1] .

وقد يتعاقد صاحب الإعلان عن طريق وسيط بينه وبين الجريدة التى يتم فيها الإعلان : والوسيط قد يكون شخصاً تعاقد مع صاحب الجريدة فى مقابل أجر معين على تخصيص مكان معين من جريدته للإعلانات التى يحصل عليها هذا الوسيط (fermier de la publicité) ، وفى هذه الحالة لايعتبر الوسيط مستأجراً لهذا المكان من الجريدة كما ذهب بعض الفقهاء[2] ، بل هو ناشر وصاحب الجريدة ناشر من الباطن ، فهناك عقدان عقد مقاولة مع صاحب الإعلان وعقد مقاولة من الباطن مع صاحب الجريدة[3] . وقد يكون الوسيط شخصاً مهمته أن يبحث عن إعلانات يقدمها لصاحب الجريدة (procureur de la publicité) ، ويغلب أن يكون الوسيط فى هذه الحالة وكيلا بالعمولة عن صاحب الإعلان[4] . وقد يكون الوسيط وكيل إعلانات (agent de publicité) يتفق مع صاحب الإعلان على تنظيم حملة قوية من النشر حتى يصل الإعلان إلى علم الجم الغفير من الناس ، وفى هذه الحالة

= التمهيد له وتحضير وسائله ، فليس العقد بعقد إعلان . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع صاحب مطبعة على طبع النشرات التى يعدها للإعلان دون أن يكلفه بتوزيعها ، فهذا عقد مقاولة على الطباعة ، فإذا عهد إلى شخص بتوزيع النشرات فهذا عقد إعلان (محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٥ ص ٥٠٦) .

(١) ويقع عادة أن يكون للجريدة أو المجلة نظام خاص للإعلان يبين الشروط والأجرة ، ويعتبر هذا دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً باتاً معروضاً على الجمهور . ومن ثم يصدر الإيجاب فى هذه الحالة من صاحب الإعلان ، ويصدر القبول من صاحب الجريدة أو المجلة . ويترتب على ذلك أنه يجوز لصاحب الجريدة أو المجلة أن يرفض قبول الإعلان ، ليس فحسب لأنه لم يعد هناك مكان خال لنشر الإعلان أو لأن نشره يعرضه للمسئولية الجنائية أو المدنية أو للحق فى الرد ، بل أيضاً لأن الإعلان لا يتفق مع اللون الذى اختاره لدوريته أو للآراء التى يعتنقها قراء هذه الدورية (السين ٣٠ نوفبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ٣ – ١١٢ – أميان ٢٠ يوليه سنة ١٩٢١ loi أول فبراير سنة ١٩٢٢ – نيم ١٣ مايو سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ٤٠٤ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٥ – محمد كامل مرسى فقرة ٦٦٠) .

(٢) بودرى وڤال ٢ فقرة ٤١٩٢ – Duplat ص ٨١ .

(٣) Demortain ص٢٠٥ – Worms ص ٤١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨ ص ٢٢٩ .

(٤) Demortain ص ٢٢٣ وص ٢٣٧ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨ ص ٢٣٠ .

يكون العقد بينه وبين صاحب الإعلان عقد مقاولة[1] .

٢٠٦ — **التزامات ناشر الإعلان :** إذا تم الإعلان بطريق اللصق والتعليق ، وكان العقد إيجاراً للمكان كما قدمنا[2] ، تكون التزامات صاحب المكان هي التزامات المؤجر . أما إذا كان الإعلان عن طريق المطبوعات ، فإن ناشر الإعلان لا يلتزم فحسب بأن يقوم بطبع الإعلان ، بل يلتزم كذلك بأن يوفر له الأسباب التي توجه إليه نظر الجمهور طبقاً للشروط المتفق عليها بينه وبين صاحب الإعلان . فيجب أن ينشر الإعلان في المكان المتفق عليه من الجريدة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق ففي المكان المخصص عادة لمثل هذا الإعلان ، وبوجه عام في مكان ظاهر لا يخفى على من يبحث عادة عن الإعلانات المماثلة . ويجب أن ينشر الإعلان في التاريخ المتفق عليه ، فإذا لم يكن هناك اتفاق ففي التاريخ الذي يتمكن فيه ناشر الإعلان من نشره ولا يكون مسئولا إذا لم يتمكن من النشر فوراً[3] . وينشر الإعلان العدد من المرات المتفق عليه ، فإن لم يتفق على عدد معين كان النشر مرة واحدة . وتتوقف قيمة الإعلان بداهة على عدد النسخ الذي يوزع من الجريدة ، فإذا ضمن ناشر الإعلان لصاحبه توزيع عدد معين من هذه النسخ ، كان لصاحب الإعلان التحقق من ذلك ، وكان له أن يرجع بتعويض إذا ظهر أن الذي يوزع من الجريدة عدد أقل[4] .

ويجب أن ينشر الإعلان بالصيغة والشكل المتفق عليهما ، فلا يجوز لناشر الإعلان أن يدخل تعديلا لا في الصيغة ولا في الشكل دون موافقة صاحب الإعلان ، وذلك ما لم يكن في صيغة الإعلان ما يستوجب المسئولية الجنائية أو المدنية فللناشر أن يرفض في هذه الحالة نشره في هذه الصيغة[5] .

---

(١) Demortain ص ٢٤٥ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٨ ص ٢٣٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

(٣) السين ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ Loi ٢١ مارس سنة ١٩٢٠ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٦ ص ٢٢٧ .

(٤) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٦ ص ٢٢٧ .

(٥) وإذا تعاقد الناشر على نشر إعلان عن سلعة معينة ، فإن ذلك لا يمنعه من التعاقد على نشر إعلان عن سلعة منافسة ، بل إن ذلك لا يمنعه من نشر الإعلانين معاً أحدهما بعد الآخر في عدد واحد . ولا يمنعه ذلك من نشر مقال يبين مضار هذه السلعة بوجه عام ، مادام المقال لا يعين السلعة المعلن عنها بالذات ، بل يرمى إلى تثقيف الجمهور للمصلحة العامة . فيجوز نشر إعلان عن نوع =

ولايجوز للناشر أن يكلف ناشراً غيره بنشر الإعلان فى جريدة أخرى بغير موافقة صاحب الإعلان ، فإن هذا الأخير قد قصد نشر إعلانه فى جريدة بالذات تختلف عن الجرائد الأخرى فى السمعة وسعة الانتشار . وإذا نزل صاحب الجريدة عن جريدته للغير ، فإن عقد النشر ينتقل منه إلى صاحب الجريدة الجديد ، حقوقاً والتزامات ، طبقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق وفى حوالة الدين ، ومن ثم يجب إقرار صاحب الإعلان لحوالة الدين حتى تكون سارية فى حقه .

٢٠٧ — التزامات صاحب الإعلان : ويلتزم صاحب الإعلان بدفع الأجر المتفق عليه ، فإن لم يتفق على أجر معين وجب الرجوع إلى تعريفة الإعلانات التى وضعها الناشر ويفترض أن صاحب الإعلان قد قبل أن يدفع الأجر بحسب هذه التعريفة . والذى يقع عادة أن الناشر يضع تعريفة خاصة بالإعلانات ، تجعل الأجر يتفاوت بتفاوت عدد سطور الإعلان وبتفاوت المكان الذى ينشر فيه[1]. ويدفع الأجر عادة مقدماً عند الاتفاق على الإعلان ، وقد يتفق على أن يدفع الأجر بعد انتهاء عدد مرات نشر الإعلان .

ويلتزم صاحب الإعلان أيضاً بأن يقدم صيغة الإعلان للناشر ، وما يلحق بالصيغة من إكليشيهات ونحوها ، فى الوقت المتفق عليه . فإذا لم يتفق على وقت معين ، وجب على صاحب الإعلان أن يقدم الصيغة فى الوقت المناسب بحيث لا يتأخر صدور العدد من الجريدة الذى يجب نشر الإعلان فيه عن ميعاده .

= معين من الخمور أو السجاير ، ونشر مقال فى الوقت ذاته يبين أضرار الخمور أو التدخين وينهى الناس عن ذلك (باريس ١٨ يونيه سنة ١٨٨١ Loi ٢٤ يونيه سنة ١٨٨١ – Demortain ص ١٦١ – Feltaine ص ١١٨ – قارن محمد كامل مرسى فقرة ٦٥٩ ص ٥٦٣ – ص ٥٦٤) .

(١) تولون الابتدائية ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ Loi ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٧٧ ص ٢٢٨ .

عقـــد الوكالة

تمهيد (*)

٢٠٨ — التعريف بعقد الوكالة وخصائص هذا العقد — نص قانونى :

أوردت المادة ٦٩٩ من التقنين المدنى تعريفاً لعقد الوكالة على الوجه الآتى :

(*) مراجع فى عقد الوكالة : هيك ١٢ – ترولون ١٦ – بون فى العقود الصغيرة ١ – جيوار فى عقود الغرر والوكالة الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ . بودرى وڤال فى عقود الغرر والوكالة والكفالة والصلح الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ – بيدان ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – دى پاچ ٥ الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ – كولان وكاپيتان ودى‌لامورانديير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ سنة ١٩٥٣ لفظ Mandat – فلاتيه فى العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ .

رسائل وبحوث : Lerebours-Pigeonnière رسالة من كان سنة ١٨٩٨ – Valéry فى مميزات عقد الوكالة فى القانون المدنى رسالة من إكس سنة ١٨٩٨ – Pilon فى النيابة رسالة من كان سنة ١٨٩٨ – Audinot فى النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ – Corbesco فى النيابة رسالة من باريس سنة ١٩١٣ – Boland فى النيابة رسالة من لييچ سنة ١٩٢٧ – Pobesco Ramnicéano فى النيابة فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ – Madray فى النيابة فى القانون الخاص رسالة من بوردو سنة ١٩٣١ – Colin فى تحديد الوكالة المأجورة رسالة من باريس سنة ١٩٣١ – Falque Pierrotin فى الوكالة وعناصرها المقومة رسالة من كان سنة ١٩٣٣ – Péan فى جواز تخفيض أجر الوكيل رسالة من رن سنة ١٩٣٦ – Marty فى الوكالة دون نيابة فى غير الاسم المستعار رسالة من مونپلييه سنة ١٩٣٧ – Vallée فى وكالة المحامى (ad negotia) رسالة من بوردو سنة ١٩٤١ – Clarise فى النيابة رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ – Sallé de la Karinière فى الوكالة اللازمة (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٧ ص ٢٤١ وما بعدها) – Léauté فى الوكالة الظاهرة (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ ص ٢٨٨ وما بعدها) .

مراجع مصرية : محمد كامل مرسى فى العقود المسماة سنة ١٩٤٩ – محمد على عرفة فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ ، أكثم أمين الخولى فى الصلح والهبة والوكالة سنة ١٩٥٧ – جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٤ – نفس المؤلف دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص الإسكندرية سنة ١٩٥٩ – عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٦ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

« الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل »[1] .

ويخلص من التعريف المتقدم الذكر أن لعقد الوكالة خصائص نجمل أهمها فيما يأتى :

١ ـ عقد الوكالة هو فى الأصل من عقود التراضى ، وسنرى أنه يكون عقداً شكلياً إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة هو تصرف شكلى . وهو فى الأصل من عقود التبرع ، وسنرى أنه يكون من عقود المعارضة إذا اشترط الأجر صراحة أو ضمناً . أما فى القانون الرومانى فقد كان دائماً عقد تبرع . وهو عقد ملزم للجانبين ، ليس فحسب إذا اشترط أجر للوكيل ، بل أيضاً فيما إذا كانت الوكالة تبرعاً ، إذ أن الموكل يلتزم فى جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل فى تنفيذ الوكالة وبتعويضه عما أصابه من الضرر ، وهذان

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان محل الوكالة إدارة عمل ، فالمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثانية ، وأصبح رقم النص ٧٣١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٦٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧ – ص ١٩٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥١٢/٦٢٥ – ٦٢٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شىء باسم الموكل وعلى ذمته ، ولا يتم العقد إلا بقبول الوكيل » . (ونص التقنين المدنى القديم يتفق فى مجموعه مع نص التقنين المدنى الجديد ، إلا أن نص التقنين المدنى الجديد أدق من ناحية تحديد محل الوكالة بأنه « عمل قانونى » ، ومن ناحية أنه إذا كان من الضرورى أن يعمل الوكيل لحساب الموكل فليس من الضرورى أن يعمل باسمه) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٦٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٢٧ : الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم (والتقنين العراقى يتفق فى مجموعه مع التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٦٩ ، الوكالة عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل بقضية أو بعدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل أو جملة أعمال وأفعال . ويشترط قبول الوكيل . ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنياً ، وأن يستفاد من قيام الوكيل بها . (والتقنين اللبنانى يتفق فى مجموعه مع التقنين المصرى ، إلا أنه لا يحدد محل الوكالة بأنه تصرف قانونى) .

التزامان ينشآن كما سنرى من عقد الوكالة نفسه . وليس من الضرورى أن تنشأ الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد[1] . على أنه ليس من المحتم أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين ، فقدتكون ملزمة لجانب الوكيل وحده ، ولاتنشأ التزامات فى ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجر ولم ينفق الوكيل مصروفات ولم يصبه ضرر يعوض عنه .

٢ — جاء فى نص المادة ٦٩٩ مدنى المتقدم الذكر صراحة أن الوكيل يلتزم « بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل » . وسنرى أن أهم ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود ، وبخاصة عن عقدى المقاولة والعمل ، هو أن محل الوكالة الأصلى يكون دائماً تصرفاً قانونياً (acte juridique)[2]، فى حين أن المحل فى عقدى المقاولة والعمل هو عمل مادى (acte matériel)[3] . وهذا التصرف القانونى يقوم به الوكيل « لحساب الموكل » . وليس معنى ذلك أن يقوم به الوكيل حتما باسم الموكل وإن كان هذا هو الغالب ، بل يصح أن يقوم به باسمه الشخصى كما يقع فى الاسم المستعار وفى الوكالة بالعمولة[4] ، ولكن يجب دائماً

---

(١) انظر عكس ذلك بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٦٥ — محمد على عرفة ص ٣٤٧ — وقارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٨ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ — ٢ — ١٧٩ — ومع ذلك قارن نقض فرنسى ٤ ديسمبر ١٩٤٥ J.C.P. ١٩٤٦ — ٢ — ٣١١٠ — ونقول « محل الوكالة الأصلى » ، لأن الوكيل قد يقوم بأعمال مادية تبعاً للتصرف القانونى الذى وكل فيه ، كما إذا وكل فى قبض الدين فإنه يجب فى بعض الأحيان أن يسعى للمدين وأن يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين . ولكن هذا لا ينفى أن مهمته الأصلية هى قبض الدين وهو تصرف قانونى لا عمل مادى ، ويظهر ذلك فى وضوح إذا أصيب الوكيل فى أثناء القيام بهذه الأعمال المادية التابعة للتصرف القانونى ، فإن إصابته لا تدخل فى نطاق إصابات عقد العمل ، لأن العقد الذى يربطه بالأصيل هو عقد وكالة لا عقد عمل (نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٤٨١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢ — محمد كامل مرسى فقرة ١٥١ ص ١٩٨ — ص ١٩٩) .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٢٧ ص ٨٥٢ وفقرة ١٤٣٠ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٧ — ص ١٩٨ ولكن انظر ص ١٩٩ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٢٠ — چوسران ٢ فقرة ١٤٠٠ — Falque Pierrotin ص ٢٦ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٠ — فقرة ١١ — وقارن كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١١٣١ وفقرة ١٣٥٤) .

(٤) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٦٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٢٧ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجب أن يعمل الوكيل دائماً —

أن يعمل الوكيل لحسابه الموكل لا لحساب الشخصى ، فيقدم عند انتهاء الوكالة حساباً للموكل عما قام به من الأعمال لتنفيذ الوكالة . ومن هذا نرى كيف تتميز الوكالة عن النيابة ، فهى تارة تكون مقترنة بها وتكون الوكالة نيابية عندما يعمل الوكيل باسم الموكل ، وهى تارة تنفصل عنها وتكون الوكالة غير نيابية عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، وسواء عمل الوكيل باسم الموكل فى الوكالة النيابية أو عمل باسمه الشخصى فى الوكالة غير النيابية فهو فى الحالتين يعمل لحساب الموكل[1] كما سبق القول .

٣ — وتتميز الوكالة أيضاً بتغلب الاعتبار الشخصى (intuitu personoe) ، فالموكل أدخل فى اعتباره شخصية الوكيل ، وكذلك الوكيل أدخل فى اعتباره

= لحساب الموكل . والأصل أنه يعمل أيضاً باسم الموكل ، إلا إذا أبيح له أن يعمل باسمه الشخصى فيكون فى هذه الحالة اسما مستعاراً ، وهو فى الحالتين وكيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٦٩٩ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان محل الوكالة إدارة عمل ، فالمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧) . وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ملاحظة : تعدل الفقرة الثانية من المادة ٩٧٢ من المشروع (م ٦٩٩ مدنى) كما يأتى : والمفروض أن الوكيل ملزم أن يعمل باسم الموكل ، ما لم يرخص له فى أن يعمل باسمه — وهذا التعديل يتفق مع التقنين البولونى م ٤٩٩ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١) . ولكن الفقرة الثانية لم تعدل ، بل حذفت فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ — وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(١) والوكالة تضفى فى الغالب صفة النيابة على الوكيل ، فتكون هناك وكالة ونيابة . ولكن قد تكون هناك وكالة دون نيابة ، كما فى الاسم المستعار والوكيل بالعمولة . وقد تكون هناك نيابة دون وكالة ، إذ النيابة إما أن تكون اتفاقية إذا كان مصدرها الوكالة وهنا تجتمع الوكالة والنيابة ، وإما أن تكون قانونية إذا كان مصدرها القانون كما فى الولى فإن القانون هو الذى يعين الأولياء ، وإما أن تكون قضائية إذا كان مصدرها القضاء كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء . وفى كل من النيابة القانونية والنيابة القضائية تكون هناك نيابة دون وكالة (الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠١٩ — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٤٥ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٦) — وقد عرفت الوكالة فى المادة ٦٩٩ مدنى سالفة الذكر بأنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى « لحساب الموكل » ، فانتظم التعريف بذلك الوكالة إذا صحبتها النيابة حيث يعمل الوكيل « باسم الموكل » والوكالة إذا لم تصحبها النيابة حيث يعمل الوكيل « باسمه الشخصى » ، ولكن الوكيل يعمل فى الحالتين « لحساب الموكل » .

شخصية الموكل ، وسنرى أن هذه الخاصية يترتب عليها أن الوكالة تنتهى بموت الوكيل كما تنتهى بموت الموكل .

٤ — وتتميز الوكالة أخيراً بأنها عقد غير لازم ، وسنرى أنه يجوز كقاعدة عامة للموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، وذلك قبل إتمام التصرف القانونى محل الوكالة ، بل حتى قبل البدء فيه .

٢٠٩ — **تمييز عقد الوكالة عن العقود الأخرى :** يميز عقد الوكالة عن سائر العقود أن محلها تصرف قانونى لا عمل مادى ، وهذا هو المميز الرئيسى بينها وبين عقدى المقاولة والعمل كما قدمنا . وقد تلتبس بهذين العقدين كما تلتبس بعقود أخرى كالإيجار والبيع والشركة والوديعة[1] . فنستعرض الوكالة مع هذه العقود عقداً عقداً ، فنرى كيف تلتبس بها تارة وكيف تختلط بها تارة أخرى . إذ كثيراً ما تختلط الوكالة بغيرها من العقود ، فيقوم المقاول أو أمين النقل أو رجل الأعمال أو المستخدم أو المستأجر أو المشترى أو الشريك أو المودَع عنده بتصرفات قانونية إلى جانب الأعمال المعهود بها إليه بموجب عقده الأصلى ، فتختلط الوكالة بكل عقد من هذه العقود[2] . فإذا اختلطت الوكالة

---

(١) وتقرب الفضالة من الوكالة ، وإن كانت تتميز عنها . فالنظامان يتوافقان فى أن كلا منهما مصدر للنيابة ، وفى أن الفضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أقرت والوكالة تنتهى إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقى يعمل بعد انتهاء الوكالة . والنظامان يتفارقان فى أن مصدر الفضالة عمل مادى ومصدر الوكالة اتفاق أو عقد ، ومن ثم فالفضالة مصدر لنيابة قانونية أما الوكالة فمصدر لنيابة اتفاقية . ويتفارقان كذلك فى أن عمل الفضولى قد يكون تصرفاً قانونياً وقد يكون عملا مادياً ، أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .

وهذا كله من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التى تنشأ من الفضالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما فيها على اعتبار جوهرى : هو أن رب العمل لم يختر الفضولى ولم يعهد إليه فى أن يقوم بعمل ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه فى أن يقوم بعمل وكله فيه . لذلك كانت التزامات الفضولى أشد قليلا من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلا من التزامات الموكل ، وإن كانت كل هذه الالتزامات فى مجموعها متقاربة (انظر فى تفصيل ذلك الوسيط ١ فقرة ٩٠٠ ص ١٢٧٠ هامش ١ — وانظر أكثم أمين الخولى فقرة ١٤٩) .

(٢) وقد يختلط عقد التأمين بعقد الوكالة ، فيوكل المؤمن له شركة التأمين فى أن تدافع عنه أمام القضاء إذا تحقق الحادث المؤمن منه (بيكاروبيسون ٣ فقرة ٢١٩ وما بعدها — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ مكررة) . وإذا وكل شخص شركة فى أن تدافع عنه أمام القضاء فيما إذا وقع حادث يثير مسئوليته ، كان هذا العقد وكالة معلقة على شرط واقف ، =

بعقد آخر ، وجب فى الأصل تطبيق كل من قواعد الوكالة وقواعد العقد الآخر مادام لا يقوم تعارض بين هذه وتلك . فإذا دفع شخص لآخر شيئاً وديعة عنده ووكله فى التأمين على هذا الشيء ، اختلطت الوكالة بالوديعة ، ووجب تطبيق قواعد الوديعة وقواعد الوكالة معاً إذ ليس هناك تعارض . أما إذا قام التعارض ، فإنه يجب تطبيق القواعد التى تعتبر من النظام العام واستبعاد القواعد التى لا تعتبر من النظام العام . فإذا استخدم شخص شخصاً آخر لمدة غير معينة وعهد إليه فى الوقت ذاته بأن يقوم بتصرفات قانونية ، فهذا الشخص الآخر يكون مستخدماً ووكيلا فى وقت واحد . وهو كمستخدم لا يجوز إنهاء عقد عمله إلا بعد إخطار فى ميعاد معين وفى غير تعسف (م٦٩٥ مدنى) ، ولكنه كوكيل يجوز عزله فى أى وقت (م ١/٧١٥ مدنى) . ولما كانت القاعدة الأولى تعتبر من النظام العام ، وليست كذلك القاعدة الثانية ، فإن القاعدة التى تنطبق فى الحالة التى نحن بصددها هى الأولى دون الثانية ، ومن ثم لا يجوز عزل المستخدم ، ولو أنه فى الوقت ذاته وكيل ، إلا بعد إخطار فى ميعاد معين وفى غير تعسف . وإذا كانت القواعد المتعارضة ليست من النظام العام ، وجب عندئذ تغليب أحد العقدين على الآخر وتطبيق قواعد العقد الغالب . فأجر المحامى عن أعماله القانونية والمادية يكون خاضعاً لتقدير القاضى كما تقضى أحكام الوكالة لأن العنصر الغالب فى أعمال المحامى هو عنصر الوكالة ، ولكن أجر المهندس المعمارى وإن قام بتصرفات قانونية لا يخضع لتقدير القاضى كما تقضى أحكام المقاولة لأن العنصر الغالب فى أعمال المهندس المعمارى هو عنصر المقاولة[1] .

٢١٠ — عقد الوكالة وعقد المقاولة : قدمنا عند الكلام فى عقد المقاولة[2] أن المقاولة والوكالة يتفقان فى أن كلا منهما عقد يرد على العمل وهذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير ، ولكنهما يختلفان فى أن

= ولا يتضمن بالضرورة عقد تأمين (Hébraud فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٥٧٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ مكررة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥ فى آخرها – بيدان ١٢ فقرة ٢٩٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٢٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥ .

العمل فى عقد الوكالة هو تصرف قانونى فى حين أنه فى عقد المقاولة عمل مادى(١) . وبينا أن للتمييز بين المقاولة والوكالة أهمية عملية ، تظهر فى أن المقاولة تكون دائماً مأجورة ولا تخضع الأجرة فيها لتقدير القاضى ، أما الوكالة فالأصل فيها أن تكون بغير أجر وإذا كانت بأجر خضع الأجر لتقدير القاضى . وتظهر فى أن المقاول لاينوب عن رب العمل ، أما الوكيل فإنه ينوب عن الموكل إذا كان يعمل باسمه . وتظهر فى أن الوكالة تنتهى حتماً بموت الموكل أو بموت الوكيل ، أما المقاولة فلا تنتهى بموت رب العمل ولابموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار . وتظهر فى أن الوكالة فى الأصل عقد غير لازم ، أما المقاولة فهى فى الأصل عقد لازم . وهناك فروق أخرى كثيرة سبق بيانها عند الكلام فى المقاولة(٢) .

وقدمنا أن الوكالة قد تلتبس بالمقاولة ، وبخاصة فى العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامى والمهندس المعمارى ، وبينا أن المحل فى هذه العقود هو عمل مادى وإن كان يتميز بأنه عمل فكرى فتكون هذه العقود عقود مقاولة . وقد يختلط بها عقد الوكالة . فالعقد مع المحامى يقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية ، ويغلب فيه عنصر الوكالة . وعلى العكس من ذلك العقد مع المهندس المعمارى ، فإنه إذا وقع على خليط من الأعمال المادية والتصرفات القانونية فإن عنصر المقاولة يكون هو الغالب(٣) .

وسنديك التفليسة يعتبر وكيلا عن المفلس وعن جماعة الدائنين ، فلا يكون

---

(١) بورى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ ومابعدها – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٧ – ص ٢٩٨ – بيدان ١٢ فقرة ٢٨٨ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ – دى پاچ ٥ فقرة ٣٦١ – جوسران ٢ فقرة ١٤٠٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٤ – نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ – ١ – ٢٢٠ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥–بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٠٠–بلانيول وريپير ورواست ١١ فقرة ٩١١ –كولان وكاپيتان ودى لا موراندير ٢ فقرة ١٠٨٦ – جوسران ٢ فقرة ١٤٣٠ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٣ – بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٢١ –كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٤٨ وفقرة ١٤٣١ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥ وفقرة ٣٢ – محمد كامل مرسى فقرة ١٥١ ص ١٩٩ – ص ٢٠٠ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٥ .

مقاولا (١) . وكذلك مصفى الشركة يعتبر وكيلا عن الشركة فى أثناء التصفية ، وليس مقاولا (٢) . أما الخبراء والمحكمون ، فهم مقاولون لاخبراء(٣) . وأمين النقل مقاول فى الأصل لاوكيل ، ولكن قد يعهد إليه بتصرفات قانونية كالتأمين على البضاعة وإيداعها فى مخزن وقبض ثمنها ففى هذه التصرفات يعتبر وكيلا لامقاولا(٤) . والتعاقد مع رجال الأعمال (agents d'affaires) يكون فى الأصل مقاولة ، وقد يتضمن وكالة إذا دخل فى الأعمال المتعاقد عليها أن يقوم رجل الأعمال بتصرف قانونى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(٥) .

٢١١ — عقد الوكالة وعقد العمل : ويتميز عقد الوكالة عن عقد العمل ، كما يتميز عن عقد المقاولة ، بأن محله تصرف قانونى لاعمل مادي(٦) . ويزيد فى تمييز عقد الوكالة عن عقد العمل أن العامل أو المستخدم فى عقد العمل يعمل دائماً تحت إشراف رب العمل وتوجيهه فعلاقته به هى علاقة التابع بالمتبوع ، أما الوكيل فلا يعمل حتما تحت إشراف الموكل فليس من الضرورى أن تقوم بينهما علاقة التبعية(٧) . وللتمييز بين عقد الوكالة وعقد العمل نفس الأهمية

---

(١) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٨٧ — نقض فرنسى ٢١ يونيه سنة ١٨٩١ سيريه ٩١ — ١ — ٣٧٧ .

(٢) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٨٧ — الوسيط ٥ فقرة ٢٥٨ — مصر الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٣٠ ص ١١١ — نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ١ — ٢٦٩ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٨٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ ص ٨٥٦ .

(٤) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٩٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٨ — نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٧٢ — ١٣ يناير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ — ١ — ١٩٠ — ليون ١٠ يوليه سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ — ٥٩٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٠١ — بودرى وڤال فقرة ٣٨٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٩ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٣ — فقرة ٣٦ .

(٦) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٣٠٢ .

(٧) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٧٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٠ — بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٤ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٤٩ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٢٠ — وقارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ .

التي للتمييز بين عقد الوكالة وعقد المقاولة ، وتظهر فى نفس الوجوه : ضرورة الأجر فى عقد العمل وعدم ضرورته فى عقد الوكالة وخضوع أجر الوكيل إن وجد لتقدير القاضي ، وعدم نيابة العامل عن رب العمل ونيابة الوكيل عن الموكل إن كان يعمل باسمه ، وعدم انتهاء عقد العمل بموت رب العمل وانتهاء الوكالة بموت الموكل وإن كان كل من العقدين ينتهى بموت العامل أو موت الوكيل[١] ، ولزوم عقد العمل وعدم لزوم عقد الوكالة[٢] .

وقد يلتبس عقد الوكالة بعقد العمل . ويقع ذلك عادة فى شأن الطوافين (placiers) والممثلين التجاريين (représentants) والجوابين (voyageurs de commerce) ومندوبى التأمين (agents d'assurance) ، فهؤلاء يقومون بأعمال مادية وبتصرفات قانونية مع العملاء لحساب مخدوميهم فيعقدون الصفقات ويبرمون عقود التأمين . وقد انقسم القضاء الفرنسى فيما يتعلق بمندوبى التأمين ، فذهبت بعض الأحكام إلى أن العقد الذى يربط مندوب التأمين بالشركة هو عقد وكالة[٣] ، وذهبت أحكام أخرى إلى أنه عقد عمل[٤] . ولكن القانون الفرنسى الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ قضى بأن مندوب التأمين ينتفع بأحكام المادة ١٧٨٠ من التقنين المدنى الفرنسى المتعلقة بعقد العمل فرجح كفة عقد العمل على كفة عقد التأمين ، وبهذا قضت أخيراً محكمة النقض الفرنسية[٥] . أما فيما يتعلق

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٤١٠ ص ١٩٨ هامش ٧ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٤٢٨ — محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ ص ٢٠٦ — محمد على عرفة ص ٣٠١ — ص ٣٠٢ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٤ ص ١٩٥ .

(٢) وقد قضى بأن المحامى الذى يؤجر عن طريق مبلغ دورى يدفع له عن كل شهر أو عن كل سنة يبقى وكيلا لا أجيراً ، ومن ثم يجوز عزله عن الوكالة طبقاً للقواعد المقررة فى عقد الوكالة دون القواعد المقررة فى عقد العمل (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦) .

(٣) نقض فرنسى ٩ يوليه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ — ١ — ٣١٠ — ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ داللوز ٢٦ — ١ — ١٩٢ — ٢٦ أبريل و ٢٩ يوليه سنة ١٩٣١ المجلة العامة للتأمين البرى ص ٧٦٥ وص ٩٩٥ .

(٤) نقض فرنسى ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٤٠ — ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ٤٤٥ — السين ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٤١ .

(٥) نقض فرنسى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٢ Droit Social ١٩٥٣ — ٢٨٣ — وانظر فى هذه =

بالطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ، فقد صدر فى فرنسا قانون ١٨ يوليه سنة ١٩٣٧ يجعل هؤلاء جميعاً يرتبطون بمخدوميهم بموجب عقد عمل لا بموجب عقد وكالة إذا توافرت شروط معينة ، وذلك حتى يتمكنوا من الانتفاع بالتشريعات العمالية ويستظلوا بحمايتها[١] . وفى مصر ورد نص صريح يقضى بسريان أحكام عقد العمل على العلاقة فيما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٦٧٦ مدنى على أن « تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب العمل وخاضعين لرقابتهم » .

ويعتبر رئيس مجلس إدارة الشركة وكيلا عن هذا المجلس ، أما المدير الفنى للشركة فيعتبر موظفاً فيها يرتبط معها بعقد عمل لا بعقد وكالة[٢] .

وكثيراً ما يختلط عقد الوكالة بعقد العمل . فيعهد السيد إلى الخادم بالقيام

= المسألة بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٩٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦٠ – ص ٨٦١ – بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٥ .

(١) بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٧٧٦ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ نوفبر سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٨ – ١ – ٤٢١ – ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ١ – ١٦٤ – ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ جازيت دى پاليه ١٩٢٦ – ٢ – ٥٩٧ – ومع ذلك انظر نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ – ١ مع تعليق ريبير .

وانظر فى الجمع ما بين رئيس مجلس إدارة الشركة ومديرها الفنى : بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٩٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦١ – ص ٨٦٢ – بلانيول وريبير رواست ١١ فقرة ٧٧٥ ص ٢٠ – نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ١ – ١٦٤ – ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٢٩٧ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ سيريه ١٩٢٠ – ١ – ١٠٢ – ١٦ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ – ١ – ٢٧٢ – ٩ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ – ١٥٣ – ٣ أغسطس سنة ١٩٣٥ داللوز ١٩٣٥ – ٥٢٣ – ١٣ يونيه سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٨ – ١ – ٩٣ – ١٣ أبريل سنة ١٩٤٥ داللوز ١٩٤٦ – ٦٥ – ٢٠ يوليه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٣ – ٣٣ – ١٩ يوليه سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ – ١ – ٢١ يوليه سنة ١٩٥١ Droit Social ١٩٥١ – ٦١٣ .

بالمشتريات المنزلية من طعام وشراب وغير ذلك[1]. ويعهد صاحب المتجر إلى مستخدمه بعقد الصفقات مع العملاء أو بقبض الديون منهم[2] . ويعهد صاحب الأرض الزراعية لناظر زراعته بأن يمضي عقود الإيجار مع المستأجرين. ويعهد صاحب السيارة إلى السائق بتشحيم السيارة وتزييتها . ويعهد صاحب العمارة إلى البواب بقبض الأجرة من السكان[3] . وفى هذه الأحوال تسرى فى الأصل أحكام عقد العمل ، وتسرى فى الوقت ذاته أحكام عقد الوكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التى يقوم بها هؤلاء المستخدمون . ومن ثم ينتفعون بالتشريعات العمالية وبما تضفيه عليهم من الحماية ، ويكونون تابعين لرب العمل فيكون هذا مسئولا عنهم مسئولية المتبوع عن التابع . أما التصرفات القانونية التى يقومون بها فيمثلون فيها مخدومهم ، وتنصرف آثارها مباشرة إلى المخدوم . وإذا تعارضت أحكام عقد العمل مع أحكام عقد الوكالة ، غلب عنصر عقد العمل فتسرى أحكامه وتستبعد أحكام عقد الوكالة . ومن ثم لا يجوز فصل المستخدم دون إخطار أو فصلا تعسفياً تطبيقاً لأحكام عقد العمل وهى هنا تعتبر من النظام العام ، وكانت أحكام الوكالة تقضى بجواز عزل الوكيل فى أى وقت[4].

٢١٢ – عقد الوكالة وعقد الإيجار : قدمنا عند الكلام فى الإيجار أن الإيجار يختلف عن الوكالة بأن محل الوكالة تصرف قانونى ومحل الإيجار عمل

---

(١) السين ٢٠ مايو سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ يوليه سنة ١٨٩٣ – ٦ مارس سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ٥ – ١٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٠ يونيه سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٩–٢ – ٣١٨ – ٤ أغسطس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٥ – ١ – ١٠٥ – ٢٤ يوليه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٢٦٩ – ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٤٨١ – باريس ٢١ نوفبر سنة ١٩١٧ داللوز ١٩١٧ – ٢ – ١٣٢ – وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٩٠ .

(٣) وانظر فى قبطان السفينة وقيامه بتصرفات قانونية نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦ – ١ – ٤٦١ – ريپير فى القانون البحرى الطبعة الثالثة ١ فقرة ٨٠٦ وما بعدها – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٩٥ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٢ ص ٨٦٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٠٩ – نقض فرنسى ١٨ يوليه سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ١ – ٥٨٥ – ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ١ – ١٦٤ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٤٤٥ – ٣١ مارس سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ – ٢٣٢ – ١٩ يوليه سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ – ١ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣١ .

مادى ، وأن الوكيل يعمل عادة باسم الموكل ويمثله أما المستأجر فلا يمثل المؤجر ، وتنتهى الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل ولاينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر إلا فى حالات استثنائية ، ويجوز الرجوع فى الوكالة ولايجوز الرجوع فى الإيجار ، ويجوز فى الوكالة أن يعدل القاضى الأجر المتفق عليه أما فى الإيجار فلا يجوز ذلك إلا فى حالات استثنائية . ويشترك الوكيل والمستأجر فى أنه إذا تصرف أى منهما فى الشىء الذى تحت يده بدون إذن المالك اعتبر مبدداً(١) .

وذكرنا أنه قد يقع لبس بين الوكالة والإيجار فيما إذا اتفق شخص مع آخر على أن يؤجر له جملة واحدة أعياناً يملكها الأول ، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة ، ويتقاسم الأجرة مع المؤجر بنسبة معينة ، أو يأخذ لنفسه مبلغاً معيناً يخصمه من الأجرة التى يتقاضاها من المستأجرين من الباطن والباقى يعطيه للمؤجر . وقررنا أن هذا العقد ليس بإيجار ، بل هو وكالة مأجورة ، الوكيل فيها هو من تسمى بالمستأجر الأصلى والموكل من تسمى بالمؤجر . فنحيل هنا إلى ما قررناه هناك(٢) .

٢١٣ — عقد الوكالة وعقد البيع : قدمنا عند الكلام فى البيع(٣) أن الوكالة قد تقترن بالبيع ، ويحدث ذلك فى أحوال منها :

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٩ ص ١٤ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٩ – وانظر بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٧٦ – جيوار فى الإيجار ١ فقرة ١١ وفقرة ٦٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٦ – وقد غلبت محكمة الاستئناف المختلطة عنصر الوكالة ، فقضت بانتهاء العقد بموت الوكيل أى من ظهر بمظهر المستأجر الأصلى (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٤ ص ٢٠٠ – وانظر أيضاً فى نفس المعنى استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١٨) .

وقد يقع لبس أيضاً بين الوكالة والإيجار إذا سلم شخص لآخر أرضاً زراعية لزراعتها ، فإذا كان هذا الشخص الآخر يزرع الأرض لحسابه ويؤدى أجراً لصاحب الأرض ولو جزءاً من المحصول ، فالعقد إيجار أومزارعة . أما إذا كان يزرع الأرض لحساب صاحبها ويقوم هو بإدارتها نيابة عنه ، فيشترى ما يلزم للأرض من بذر وسماد وغير ذلك ويستأجر الأنفار للزراعة ويقوم بجميع الأعمال الأخرى اللازمة لزراعة الأرض من أعمال مادية وتصرفات قانونية ، ويأخذ أجراً على ذلك من صاحب الأرض ، فالعقد مزيج من عقد عمل ووكالة . وتظهر أهمية هذا التمييز فى الامتداد القانونى للعقد ، فإذا كان العقد إيجاراً أومزارعة امتد بحكم القانون بعد انقضاء مدته ، أما إذا كان عقد عمل ووكالة فلا يمتد إذا انقضت المدة (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٩) .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٢ – ص ٣٣ .

١ — حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) ، فهو يشترى باسمه ما وكل فى شرائه ثم يبيعه بعقد جديد إلى الموكل . فيقترن عقد الوكالة فى هذه الحالة بعقدى بيع ، الأول هو الذي أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والثانى هو الذى أبرمه المسخر مع الموكل ؛

٢ — حالة السمسار والوكيل بالعمولة ، يقوم كل منهما بشراء الشىء باسمه ولكن لحساب عميله ، ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد ، فيكون هناك عقد وكالة مقترناً بعقدى بيع على النحو السالف الذكر ؛

٣ — حالة الوكالة بالشراء فى حق التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command) ، وقد تقدم تفصيل ذلك عند الكلام فى البيع[1] ؛

وقد تلتبس الوكالة بالبيع فى أحوال منها :

١ — حالة ما إذا حول الدائن حقه لمحال له على أن يحتفظ هذا لنفسه بجزء من الحق ويرد الباقى للمحيل . فقد يكون العقد حوالة حق أى بيعاً للحق والثمن هو هذا الباقى الذى يرده المحال له للمحيل وقد اشترى الحق بجزء منه فى نظير ما بذل من جهد فى تحصيل الحق من المدين ، وقد يكون العقد وكالة مأجورة والمحال له هو وكيل المحيل فى قبض الدين من المحال عليه فى مقابل أجر هو هذا الجزء من الحق الذى يستبقيه المحال له لنفسه . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن قاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان المتعاقدان أرادا بيعاً أو وكالة[2] . أما الفقه فمنقسم ، فمن الفقهاء من يذهب إلى أن العقد وكالة[3] ، ومنهم من يذهب إلى أن العقد يكون وكالة إذا قبض المحال له الحق من المدين باسم المحيل ويكون بيعاً إذا قبض الحق باسمه الشخصى[4] . ونرى أن هذا العقد هو فى الأصل وكالة ، فقد قصد المتعاقدان أن يقبض المحال له الحق من المدين ليسلمه للمحيل فى مقابل أجر يقتطعه المحال له من الحق بعد قبضه ،

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣٣ هامش ١ وفقرة ٩٥ — فقرة ٩٩ .

(٢) نقض فرنسى ٧ فبراير و١٨ أبريل سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ — ١ — ٢٠٦ — ٦٢ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣ — ١ — ٣٠٢ — ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ — ١ — ٧٨ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٣٧٤ — ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦ — ١ — ٢٧١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٦ — بودرى وقال فقرة ٣٦٧ .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ .

وهذا مالم يتعين من الظروف فى وضوح أن المتعاقدين قد قصدا أن ينتقل الحق فعلا للمحال له فى مقابل ثمن هو الجزء من الحق الذى يرده المحال له للمحيل فيكون العقد بيعاً :

٢ ـ حالة ما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع مال له ، مع تخويله الحق فى أن يشتريه لنفسه إذا شاء . فالعقد هنا وكالة معلقة على شرط فاسخ ، هو أن يشترى الوكيل المال لنفسه . فإذا اشترى الوكيل المال لنفسه انفسخت الوكالة ، وتبقى من التعاقد وعد بالبيع قبله الموعود له (الوكيل) بشرائه المال . ونخلص من ذلك أن العقد وكالة معلقة على شرط فاسخ ، وقد اقترنت بوعد بالبيع[1] :

٣ ـ حالة ما إذا دفع مورد السلعة سلعته إلى تاجر ليبيع منها ما يستطيع بيعه ، ويرد له ما تبقى دون بيع مع ثمن ما باع بعد خصم أجره . وهذا عقد معروف عند الرومان باسم aestimatum ، لأن ثمن السلعة محدد طبقاً لتقدير (estimation) متفق عليه ، فهل هو بيع أووكالة ؟ يغلب أن يكون وكالة ، ويكون التاجر وكيلا عن مورد السلعة فى بيع ما باع منها وقد خصم أجره من الثمن الذى باع به ، ويكون مبدداً إذا لم يرد السلعة أو ثمنها[2] . وقد يكون بيعاً إذا تقاضى المورد مقدماً من التاجر مبلغاً يحتفظ به ، فيكون هذا المبلغ ثمناً لجزء من السلعة[3] . كما يكون بيعاً إذا ترك المورد للتاجر حرية تحديد الثمن الذى يبيع به السلعة ومازاد من هذا الثمن على مبلغ معين يأخذه التاجر

---

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ — ص ٨٦٧ — وهذا بخلاف ما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع مال له دون أن يخوله حق شرائه لنفسه . فإذا اشترى الوكيل المال لنفسه ، لم يكن الشراء نافذاً فى حق الموكل ، ولكن له أن يقره فيجعله نافذاً (انظر الوسيط ١ فقرة ٩٧) .

(٢) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٦٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨ — نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ — ١ — ٢٦٥ (إذا لم يرد التاجر الجواهر التى تسلمها أو ثمنها كان مبدداً) — ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ١ — ٤٣٣ — كذلك يكون للموكل أن يسترد السلعة من تفليسة الوكيل لأنه لا يزال مالكاً لها ، ويلتزم الوكيل بتقديم حساب للموكل ، ويجوز تخفيض أجره إذا كان مبالغاً فيه (محمد على عرفة ص ٣٤٨) .

(٣) باريس ٤ يناير سنة ١٨٩٤ Mon. Jud.Lyon ٩ أبريل سنة ١٨٩٤ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٦٩ ص ١٨٠ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٥١ ص ١٩٠ .

لنفسه ، فيكون العقد فى هذه الحالة بيعاً معلقاً على شرط واقف هو أن يجد التاجر للسلعة مشترياً ، فإذا وجده تحقق الشرط وأصبح التاجر مشترياً ، وباع بدوره السلعة إلى المشتري الذى وجده[١] . وإذا عهدت شركة إلى مصرف بتوزيع أسهمها أوسنداتها على الجمهور ، كان المصرف وكيلا عن الشركة فى بيع هذه الأسهم أو السندات (contrat d'émission)[٢] ، وذلك ما لم يتملك المصرف الأسهم أو السندات لنفسه ثم يبيعها للجمهور لحسابه فيكون العقد بيعاً[٣].

وأهم ما يترتب من النتائج على أن يكون العقد وكالة أو بيعاً فى الحالات المتقدم ذكرها أن أجر الوكيل يخضع لتقدير القاضى ، وأن الوكيل يقدم حساباً عن وكالته فإذا لم يرد الشيء أو ثمنه كان مبدداً[٤] .

٢١٤ — عقد الوكالة وعقد الشركة : قدمنا عند الكلام فى عقد الشركة أن الوكالة تشتبه بالشركة فيما إذا فوض الدائن شخصاً أن يقبض حقه من المدين فى مقابل نسبة معينة من الدين ، فالعقد وكالة مأجورة لا شركة ، لأن الوكيل لا يشارك الدائن فى الخسارة إذا لم يقبض الدين ، بل هو يأخذ أجراً على وكالته نسبة معينة من الدين[٥] .

ويجب التميز بين الوكيل وأداة الشركة (organe de la société) ، فمجلس إدارة الشركة وعضو مجلس الإدارة المنتدب يعتبر كل منهما أداة للشركة لا وكيلا عنها[٦] .

---

(١) باريس ١٨ مايو سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣ – ٤١٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٦ .

(٢) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٧٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٦ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥١ ص ١٩٠ – باريس ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ – ١ – ١٩٣ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٦ .

(٤) نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ١ – ٢٦٥ – ٥ مارس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٣٧٤ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ – ٢٨٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٤ ص ٨٦٧ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥١ ص١٩١ .

(٥) الوسيط ٥ فقرة ١٦٢ ص ٢٢٨ .

(٦) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٧ .

وإذا عهد شخص إلى آخر فى إدارة مال له ، على أن يشاركه فى الربح والخسارة فهذه شركة ، أو على أن يتقاضى جعلا معيناً أو نسبة مئوية من صافى الربح ولايشارك فى الخسارة فهذه وكالة[1] .

٢١٥ — عقد الوكالة وعقد الوديعة : يغلب أن يقع فى يد الوكيل مال للموكل ، كما إذا قبض ديناً له أوقبض ثمن المال الموكل فى بيعه . كذلك قد يقع فى يد الوكيل أشياء مملوكة للموكل كمستندات يحتاج إليها فى تنفيذ وكالته ، أومجوهرات وكل فى بيعها ، أو كمبيالة وكل فى قبضها . ففى جميع هذه الأحوال لا تكون هناك وديعة مقترنة بالوكالة ، لأن مافى يد الوكيل لم يتسلمه لحفظه كما هو الأمر فى الوديعة ، بل تسلمه لتنفيذ الوكالة[2] .

ومع ذلك قد تقترن الوديعة بالوكالة ، كما إذا أودع شخص مالا عند

---

(١) انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٧ — وانظر فى التمييز بين الوكالة والشركة بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٠١ — فقرة ٤٠٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤٠ .

وقد قضى بأنه إذا اشترى شخصان سيارة وأودعاها عند ثالث لبيعها ، واتفقوا على أنه عند بيعها يقسم ربحها عليهم جميعاً ، وإذا وقعت خسارة يتحملها الثالث وحده ، فهذا العقد لا يكون شركة ، بل هو اتفاق بين مالكى السيارة والشخص الثالث على أن يكون هذا وكيلا بالعمولة يضمن للمالكين بيع السيارة بغير خسارة ، وله أجر احتمالى هو مساهمته فى الربح (مصر الوطنية تجارى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ — ٩٧ — ١٢٢ — محمد على عرفة ص ٣٤٩) — وقضى بأن العقد يعتبر وكالة لا شركة إذا كان أحد المصارف قد التزم بالإشراف على إصلاح محلج مملوك لأحد عملائه ، على أن يستغله المصرف ، باسم مالكه وتحت مسئوليته ، لمدة معينة يحصل فيها على جزء معين من الأرباح ، وعلى أن يقدم العميل صاحب المحلج رهناً رسمياً لوفاء دينه للمصرف (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٢) ، وتكون الوكالة فى هذه الحالة وكالة لصالح الموكل والوكيل معاً ، وهى وكالة مأجورة والأجر فيها جزء معين من أرباح المحلج — وقضى بأنه إذا ناب شخص عن محام فى قبول القضايا والاتفاق فيها مع أربابها وتسلم النقود مقابل الثلث فى جميع الإيراد ، كان ذلك وكالة لا شركة (جرجا ١٩ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠٥ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٢ ص ١٩١ هامش ٢) — وإذا عهد شخص إلى آخر بتقسيم أرض وبيعها ، مع احتفاظه بملكية الأرض وتعهده بأن يدفع للشخص الآخر جزءاً من ثمن الأرض التى يبيعها أجراً له على عمله ، فالعقد وكالة لا شركة (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

(٢) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٠٤ — جيوار فى الوديعة فقرة ٢٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ — نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٩ — ١ — ١٧٩ — ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ — ١ — ٢٢١ .

آخر لحفظه ، ووكله فى الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدةمعينة لدائن له يستوفى منه حقه (١) . والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس فى إدارة المال الموضوع تحت الحراسة(٢) .

٢١٦ — التنظيم التشريعى لعقد الوكالة : نظم التقنين المدنى الجديد عقد الوكالة تنظيما منطقياً عالج فيه عيوب التقنين المدنى القديم ، واستكمل ما نقص من نصوص هذا التقنين . وفصل فى الوقت ذاته عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . ونجتزئ هنا بما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :

« فصل المشروع عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للالتزامات . وجعل

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ — ١ — ٣٦٥ — باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٣٠ — ٢ — ٨٦ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ .

(٢) نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ — ١ — ١٥٠ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٣٥ — وانظر فى التمييز بين الوديعة والوكالة بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٠٤ — فقرة ٤٠٨ .

وقد يقع لبس بين الوكالة والرهن الحيازى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن عملية توريد أقطان إلى محل تجارى لحلجها مقابل أجرة متفق عليها ثم بيعها حسب أسعار السوق ، والمحاسبة على ما يكون صاحب القطن سحبه مقدماً من ثمنها ، لا يمكن اعتبارها رهنا ، وإنما هى وكالة بالعمولة (استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٥ ص ٩) . وقضت محكمة المنيا بأن الاتفاق فى عقد فتح الاعتماد بين البنك والعميل على أن يبيع الأول بضائع الثانى المودعة لديه تأميناً للحساب الجارى هو فى الواقع وكالة من العميل للبنك بالبيع ، فلا يتحتم على هذا اتباع نص المادة ٧٨ من القانون التجارى التى تلزم الدائن المرتهن باستصدار إذن من قاضى الأمور الوقتية ببيع الأشياء المرهونة أوبعضها بالمزايدة العمومية (المنيا ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦١ ص ٣٢١) — وانظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٣ — ١٩ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٤٠ — ٤ نوفبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٠ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨٨ — وانظر فيما يسمى **mandat in rem suam** : استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٠ — ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٩ — ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٧ .

وقضى من جهة أخرى بألا يعتبر الدائن المرتهن وكيلا عن الراهن ، وإن كان مسئولا عما يستغله من الرهن ، إذ ذلك وحده لا يجيز اعتباره وكيلا بحسب التعريف القانونى للوكالة (أسيوط الكلية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) .

عقد الوكالة فى مكانه بين العقود المسماة التى ترد على العمل ، إذ الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعى ، بعد فصل الوكالة عن النيابة ، ألا تتكرر النصوص فى الموضوعين . فاختصت النيابة بالمبادئ العامة ، دون نظر إلى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون . وعرض المشروع فيها بنوع خاص إلى أثر النيابة فى العلاقة مع الغير الذى يتعاقد معه النائب . أما الوكالة ، فباعتبارها عقداً بين الوكيل والموكل ، فقد تركزت فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين ، من ناحية المصدر فهى نيابة اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية الأثر فهى تقف بنوع خاص عند أثر النيابة فى علاقة الوكيل بالموكل أى النائب بالأصيل . أما العلاقة بالغير فقد وردت فى الوكالة أحكامها الخاصة بالنيابة الاتفاقية ، مع الإحالة على مبدأ النيابة بوجه عام فى الأحكام الأخرى » .

« وقد راعى المشروع أن يرتب نصوص عقد الوكالة ترتيباً منطقياً لانجده فى التقنين الحالى (القديم) ، فعرض فى فصول ثلاثة لإنشاء عقد الوكالة ، وما يترتب عليها من أثر ، وكيف تنتهى . وفى إنشاء العقد فرق المشروع بين الوكالة الخاصة والوكالة العامة . وفى الآثار عرض لالتزامات كل من الوكيل والموكل ، ثم لأثر الوكالة بالنسبة للغير . وبين فى النهاية الأسباب التى تنتهى بها الوكالة ، فظهر منها أن الوكالة عقد غير لازم ، فللموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة » .

« وإذا قورنت نصوص المشروع بنصوص التقنين الحالى (القديم) ، يتبين أن المشروع قد عالج عيوباً فى نصوص التقنين الحالى (القديم) من وجوه ، واستكمل الناقص فى هذا التقنين من وجوه أخرى » .

« فقد عالج العيوب من وجوه أهمها ما يأتى » :

« ١ — عرف المشروع الوكالة ، فبين أن الوكيل يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل . والتقنين الحالى (القديم) يطلق فى عمل الوكيل فلا يقيده بالعمل القانونى ، ويقيد فى كيفية إجراء العمل فيقتضى من الوكيل أن يعمل باسم الموكل . وكل من هذا الإطلاق والتقييد غير صحيح ، فالوكيل إنما يقوم بعمل قانونى ، وهذا ما يميز الوكالة عن عقد العمل . وإذا كان يعمل دائماً لحساب الموكل ، فليس من الضرورى أن يعمل باسمه . فقد يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، وهذا ما اصطلح على دعوته « بالاسم المستعار » . والاسم

المستعار وكيل كسائر الوكلاء ، يتسع له تعريف المشروع ، ويضيق عنه تعريف التقنين الحالى (القديم) وإن كان هذا التقنين يشير إليه إشارة مقتضبة فى أحد نصوصه (م ٥٢٣/٦٤٨) . ولا يختلف الاسم المستعار عن سائر الوكلاء فى علاقته مع الغير ، ولذلك لم يخصص المشروع له مكاناً فى عقد الوكالة . وإنما يتميز بأحكام خاصة فى علاقته مع الغير ، وهذا مكانه فى النيابة بوجه عام حيث نجد فى المشروع نصاً خاصاً به (م ١٥٩ أى ١٠٩ مدنى) ، وقد أحيل فى الوكالة على هذا النص » .

« ٢ — جانب المشروع ، فى تحديد مسئولية الوكيل عن تنفيذ الوكالة ، أن يجعل الوكيل مسئولا عن التقصير اليسير أو التقصير الجسيم تبعاً لما إذا كان مأجوراً أو غير مأجور . وقد ترك هذا المعيار القديم الذى أخذ به التقنين الحالى (القديم) إلى معيار يتمشى مع التطور الحديث والنظريات العلمية » .

« ٣ — قيد المشروع من حرية القاضى فى تقدير أجر الوكيل إذا كان هذا الأجر متفقاً عليه ، فلم يطلق هذه الحرية كما فعل التقنين الحالى (القديم) . بل قيدها بأن منع القاضى من التقدير إذا دفع الأجر طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . وهذا القيد إنما هو تقنين لما جرى عليه القضاء المصرى فى هذه المسألة » .

« واستكمل المشروع الناقص فى التقنين الحالى (القديم) من وجوه أهمها ما يأتى» :

« ١ — أوجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة » .

« ٢ — بيّن ما يترتب من الأحكام على تعدد الوكلاء وتعدد الموكلين من حيث التضامن ومن حيث انفراد أحد الوكلاء بالعمل » .

« ٣ — جعل الموكل مسئولا عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتادا »[1] .

٢١٧ — خطة البحث : ونبحث عقد الوكالة فى فصول ثلاثة :

الفصل الأول — فى أركان الوكالة .

الفصل الثانى — فى الآثار التى تترتب على الوكالة .

الفصل الثالث — فى انتهاء الوكالة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٤ — ص ١٨٦ .

الفصل الأول

أركان الوكالة

٢١٨ — تطبيق القواعد العامة : أركان الوكالة ، كما فى سائر العقود ، التراضى والمحل والسبب . وفى خصوص السبب نحيل إلى النظرية العامة[1] . ويبقى بعد ذلك التراضى والمحل. ومحل الوكالة بالنسبة إلى التزامات الوكيل هو التصرف القانونى الذى يقوم به الوكيل . أما التزامات الموكل من دفع الأجر ورد المصروفات والتعويض عن الضرر فليست محتمة ، إذ هى قد تتحقق وقد لا تتحقق ، وكل التزام له محله ويكون الكلام فيه عند الكلام فى هذا الالتزام . ومن ثم نقصر الكلام ، فى أركان الوكالة ، على التراضى والتصرف القانونى محل الوكالة .

---

(١) انظر استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ — ويتصل بالسبب فى الوكالة الشخص الذى تنعقد الوكالة لمصلحته . والأصل أن الوكالة تنعقد لمصلحة الموكل . وقد تنعقد لمصلحة كل من الموكل والوكيل ، كما إذا وكل شخص دائنه فى بيع مال له ليتقاضى حقه من ثمنه ، أو وكل أحد الشريكين فى الشيوع الشريك الآخر فى إدارة المال الشائع (جيوار فقرة ١٧ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦١) . ولا تنعقد الوكالة لمصلحة الوكيل وحده ، فلا تكون هناك وكالة إذا أشار شخص على آخر أن يعقد لنفسه صفقة رابحة (جيوار فقرة ١٧ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢) .

وقد تنعقد الوكالة لمصلحة الموكل والغير ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع مال له ليسدد من ثمنه ديناً فى ذمته للغير ، فالوكالة انعقدت هنا لمصلحة كل من الموكل ودائنه الذى سيستوفى حقه من الثمن . وإذا عهد شخص إلى آخر فى أن يقوم بتصرف قانونى لمصلحة الغير وحده ، كان هذا اشتراطاً لمصلحة الغير لا وكالة . ويتصور أن تكون هناك وكالة لمصلحة الغير وحده ، ويتحقق ذلك فيما إذا قام فضولى بإدارة عمل للغير ، ووكل شخصاً آخر عنه فى إدارة هذا العمل أو فى المضى فيه (انظر فى هذا المعنى ترولون فقرة ٣٦ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦١ — وانظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠١ وهامش ١٧ — ١٨ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٨١) — وإذا انعقدت الوكالة لمصلحة الموكل والغير ، جاز لكل منهما مطالبة الوكيل بتنفيذ الوكالة ، الموكل بموجب عقد الوكالة ، والغير بموجب الاشتراط لمصلحته . وقد نصت المادة ٨٠١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « لا يحق لشخص ثالث أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على تنفيذ الوكالة ، إلا إذا كانت معقودة لمصلحة ذلك الشخص أيضاً » .

الفرع الأول
التراضى فى الوكالة

٢١٩ — مبحثان : نبحث فى التراضى : (١) شروط الانعقاد . (٢) وشروط الصحة .

المبحث الأول
شروط الانعقاد

٢٢٠ — توافق الإيجاب والقبول : يجب لانعقاد الوكالة توافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة ، فيتم التراضى بين الموكل[1] والوكيل[2] على

---

(١) ويصح أن يكون الموكل شخصاً معنوياً ويصدر التوكيل من مجلس إدارته إذا كان هذا المجلس هو الذى يمثله قانوناً . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يمتنع معه على مجلس إدارة الجمعية التعاونية ممارسة حق تقرره القواعد العامة — وهو جواز الوكالة فى كل الأعمال القانونية — بالرغم مما نصت عليه المادة ٥٩ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ من أن مجلس الإدارة هو الذى يمثل الجمعية أمام القضاء ، إذ لم يقصد به سوى عدم انفراد رئيس الجمعية بأعمالها ، فإذا أناب مجلس الإدارة رئيس الجمعية فى اتخاذ الإجراءات القانونية المؤدية للحصول على تعويض ، فإن الدعوى التى يرفعها باعتباره نائباً عن الجمعية وممثلا لها تكون مقبولة (نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٣ ص ٥٤٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة عقد لا يتم إلا بقبول الوكيل ، فإذا لم يثبت هذا القبول من إجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانوناً انتفت الوكالة ولم يبق إلا مجرد إيجاب بها من الموكل لم يقترن بقبول من الوكيل . وإذن فتى كان المطعون عليهم قد دفعوا بعدم قبول استئناف الطاعن شكلا لرفعه بعد الميعاد القانونى ، وكان الطاعن قد تمسك بأن الشخص الذى وجه إليه إعلان الحكم المستأنف ليس وكيلا لأن الوكالة لم تنعقد إطلاقاً لانعدام قبول الوكيل ، وبأن مجرد صدور التوكيل منه لا يثبت قيام الوكالة إذا كانت لم تقبل من الوكيل ولم يصدر منه أى عمل يفيد هذا القبول ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف شكلا على اعتبار الوكالة قائمة لمجرد صدور التوكيل الرسمى من جانب الطاعن دون أن يحفل بتحقيق دفاعه ، فإن هذا الحكم يكون معيباً بمخالفته القانون والقصور فى التسبيب (نقض مدنى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٩ ص ٩٧١) .

وقد يجبر الوكيل على قبول الوكالة . فقد نصت المادة ٣٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ =

ماهية العقد والتصرف القانونى أو التصرفات القانونية التى يقوم بها الوكيل والأجر الذى يتقاضاه إن كان هناك أجر . ويكون كل ذلك خاضعاً للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد[1] .

فيجوز التعبير عن التراضى صراحة أو ضمناً[2] . وسنرى عند الكلام فى الوكالة الضمنية[3] أن رضاء كل من الموكل والوكيل بالوكالة يصح أن يكون ضمنياً[4] . بل يصح ألا يصدر رضاء من الموكل أصلا ومع ذلك ينصرف إليه أثر التصرف الذى عقده الوكيل ، كما سنرى عند الكلام فى

= لسنة ١٩٥٧ على ما يأتى : «يقوم المحامى المنتدب عن الفقير أمام المحاكم المدنية أو الجنائية بالدفاع عنه مجاناً . ومع ذلك يجوز له أن يقدر أتعابه ضد الخصم المحكوم عليه بالمصروفات ، وله على كل حال الرجوع على من ندب عنه ومطالبته بالأتعاب إذا زالت حالة فقره مع مراعاة ما جاء بالمادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية – ويجب أن يقوم بما تكلفه به لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة ، ولا يسوغ له أن يتنحى عنه إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى – ويعفى من الندب فى القضايا الجنائية والمدنية المحامون المقررون أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا أو الذين مضى على قيدهم فى جدول المحامين عشرون سنة ، غير أن هذا الإعفاء لا يسرى على القضايا المدنية أمام محكمة النقض» . ونصت المادة ٣٨ من نفس القانون على ما يأتى : «لمجلس النقابة أن يكلف أحد المحامين للدفاع عن خصم لا يجد من يقوم بالدفاع عنه» .

(١) وقد قضى بأن من يتولى جمع إعانات لعمل معين يكون وكيلا عن المكتتبين ، فإذا لم يتم العمل كان لكل مكتتب الحق فى أن يطلب تقديم حساب من الوكيل وأن يسترد ما دفعه (أسيوط جزئى ٣١ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٨٢ ص ٧٦٧) .

(٢) ويقع فى بعض الأحيان أن يسلم شخص لآخر ختمه للتوقيع به عند إبرام الأول تصرفات قانونية بالنيابة عن الثانى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن تسليم الختم لآخر ليوقع به على عقد بيع يعتبر توكيلا بالمعنى (استئناف وطنى أول يناير سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ١٩٣) . وقضت أيضاً بأن يعد الأخ وكيلا إذا كان ختم أخته بقى عنده مدة ، ولما تسلمته منه أعطى لها تعهداً مفاده بطلان أية شروط بيع أو سندات أخرى تظهر مختومة بذلك الختم (استئناف وطنى ٣١ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٣) . وقد قضى بأنه إذا حول حق لدائن ضماناً لدينه وكان الدين أقل من الحق ، اعتبر الدائن وكيلا فى قبض الباقى وكالة ضمنية ، ومن ثم تكون له مطالبة المحال عليه بكل الحق (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ – أول أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٨) .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٢٢١ .

(٤) ولكن لا يعتبر رضاء ضمنياً أن يكون هناك أمر مشترك بين عدة أشخاص لكل منهم وكيل ، فيتعاون وكيل أحدهم مع الوكلاء الآخرين ، ولا يفهم من مجرد هذا التعاون أن يكون الوكيل وكيلا أيضاً عن الأشخاص الآخرين (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٣) .

الوكالة الظاهرة وفى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة . وسواء كان رضاء الموكل صريحاً أوضمنياً ، فإنه يجب أن يسبق التصرف القانونى الذى يعقده الوكيل ، فإن كان لاحقاً له لم تكن هناك وكالة بل فضالة ، وكان رضاء رب العمل إقراراً لعمل الفضولى[١] . ويترتب على ذلك أنه لا يكفى أن يقوم شخص بتصرف قانونى لحساب آخر وباسمه حتى تكون هناك وكالة ، ولو كان هذا الشخص قد قام بالتصرف القانونى بعلم رب العمل ودون معارضة منه[٢] . وإنما تكون هذه فضالة ، ولاتكون وكالة إلا إذا تراضى الموكل والوكيل على الوكالة تراضياً فعلياً قبل أن يقوم الوكيل بالتصرف القانونى[٣] . كذلك يجب أن يصدر رضاء الوكيل ، سواء كان هذا الرضاء صريحاً أوضمنياً ، قبل وقوع حادث يكون من شأنه إنهاء الوكالة لو أنها انعقدت ، كموت الموكل أو فقده لأهليته[٤] .

ويجب التراضى على ماهية العقد ، فلو حول دائن لشخص حقه على سبيل الوكالة فى قبضه ، وقبل هذا الشخص التعاقد على أنه حوالة حق أى بيع للحق ، لم تكن هناك وكالة ولا حوالة ، ولم يكن هناك تعاقد أصلا لعدم التراضى على ماهية العقد .

ويجب التراضى على التصرف القانونى المطلوب القيام به ، فلو وكل شخص شخصاً آخر فى شراء سيارة من « ماركة » معينة ، فقبل الآخر الوكالة معتقداً أن السيارة المطلوب شراؤها من« ماركة » أخرى ، لم تنفذ الوكالة لعدم التراضى على المحل . كذلك يجب التراضى على الأجر الذى يتقاضاه

---

(١) وتتحول الفضالة بهذا الإقرار إلى وكالة ، وقد جاء فى المادة ٩٢٨ مدنى عراقى فى هذا المعنى ما يأتى : « . . والإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة . . » .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٦ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٥٩ – وانظر استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ (دون حل) .

(٣) بيدان ١٢ فقرة ٣٠٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٠ وص ٨٧٠ هامش ٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٨٢ – نقض فرنسى ١٠ أبريل سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ – ١ – ١٨٣ – وانظر مع ذلك نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٢ داللوز [illegible]٢ – ١ – ٢٨٨ – أول يوليه سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٥ – ٥٠٧ – وقارن محمد على عرفة ص ٣٥٨ – ص ٣٥٩ .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٢ .

الوكيل ، إن كانت الوكالة مأجورة . وسنرى أنه يجوز عدم الاتفاق على الأجر ومع ذلك يفهم من الظروف وبخاصة من مهنة الوكيل أن الوكالة مأجورة ، فيتولى القاضى تقدير الأجر . وسنرى كذلك أن الوكالة تكون فى الأصل تبرعية ، فإذا لم يتفق المتعاقدان على أجر ولم يفهم من الظروف أن الوكالة مأجورة ، انعقدت الوكالة دون أجر . لكن الوكالة لاتنعقد إذا اتفق المتعاقدان على أن تكون الوكالة بأجر وتفاوضا فى تقدير هذا الأجر فلم يصلا إلى اتفاق فى هذا الشأن[١] .

٢٢١ — الوكالة الضمنية : قدمنا[٢] أن رضاء كل من الموكل والوكيل يصح أن يكون ضمنياً ، فتكون الوكالة فى الحالتين وكالة ضمنية (mandat tacite)[٣].

أما أن يكون رضاء الوكيل ضمنياً ، فقد ورد فى هذا المعنى نص فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، إذ كانت المادة ٩٧٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — يجوز أن يكون قبول الوكيل ضمنياً ، كما لو قام بتنفيذ الوكالة . ٢ — وتعد الوكالة مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها ، هذا ما لم يرد الوكالة فى الحال »[٤] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا

---

(١) ويصح أن تكون الوكالة معلقة على شرط واقف أو فاسخ ، وأن تكون مضافة إلى أجل واقف أو فاسخ . وقد نصت المادة ٧٧١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى على أنه « يجوز أن تكون الوكالة مقيدة بشرط ، وأن يعمل بها ابتداء من أجل معين أو إلى أجل معين » .

وتسرى القواعد العامة فى تفسير الوكالة . فإذا كانت المحكمة قد اعتمدت فى تفسيرها عقد الوكالة على عبارة التوكيل وعلى قصد المتعاقدين المستفاد من الوقائع والملابسات التى اتصلت بتصرف الوكيل ، وكان ما انتهت إليه متسقاً مع الوقائع التى استندت إليها وغير متنافر مع نصوص عقد الوكالة ، فذلك من شأنها ولا معقب عليها فيه لمحكمة النقض (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٠ .

(٣) ويغلب أن تطلق عبارة الوكالة الضمنية على الوكالة التى يكون رضاء الموكل فيها ضمنياً (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٨١ ص ٢٥١) . ولكن لايوجد ما يمنع من أن تسمى الوكالة التى يكون رضاء الوكيل فيها ضمنياً بالوكالة الضمنية (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٦) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٧ فى الهامش . وقد نصت المادة ٢٩ ٩ من التقنين =

النص : « ولما كانت الوكالة عقداً ، وجب أن يرضى بها كل من الوكيل والموكل ، وأكثر ما يكون رضاء الموكل إيجاباً ورضاء الوكيل قبولا . وقبول الوكيل قد يكون صريحاً أوضمنياً . ويعتبر قبولا ضمنياً من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة . وهذا تطبيق للمبدأ العام المنصوص عليه فى المادة ١٤٣ من المشروع . كما يعتبر سكوت الوكيل قبولا إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل فى مهنته ، كما هو الأمر فى المحامى والوكيل بالعمولة : انظر م١٤٢من المشروع ، أو كان قد عرض خدماته علناً بشأنها : انظر م ١٣٦ من المشروع »[1] . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »[2] . ولما كان النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه . من ثم يجوز أن يكون رضاء الوكيل ضمنياً . وأظهر تطبيق لذلك هو ما ورد فى النص المحذوف من أن يتلقى الوكيل التوكيل من الموكل ، فلا يصدر منه قبول صريح ، وإنما يعمد إلى تنفيذه ويقوم فعلا بالتصرف القانونى الوارد فى التوكيل ، فيكون هذا رضاء ضنياً بالوكالة . ويغلب فى العمل أن يقع الأمر على هذا النحو ، فالموكل يكتب التوكيل عادة ويمضيه وحده ويسلمه إلى الوكيل ، فإذا قبل هذا الوكالة فإنه لا يمضى الورقة مع الموكل، بل يعمد إلى تنفيذ الوكالة ويكون هذا التنفيذ هو القبول الضمنى للوكالة[3] . وقد أورد النص المحذوف تطبيقين آخرين لقبول الوكيل الضمنى ، يمكن استخلاصهما هما الآخرين من القواعد العامة . فذكر النص أن الوكالة تعد مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل ، كما هو الأمر فى المحامى والوكيل بالعمولة ، وذلك ما لم يرد الوكالة فى الحال[4] . وليس هذا إلا تطبيقاً للفقرة

= المدنى العراق على ما يأتى : « ١ – تنفيذ الوكالة يعتبر قبولا لها . لكن إذا ردت الوكالة بعد العلم بها ارتدت ، ولا عبرة بتنفيذها بعد ذلك . ٢ – وإذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل فى مهنة الوكيل ، أو كان الوكيل قد عرض خدماته علنا بشأنها ، ولم يرد الوكالة فى الحال ، عدت مقبولة » . ونصت المادة ٢/٧٦٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمنياً ، وأن يستفاد من قيام الوكيل بها » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٨ فى الهامش .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٩٤ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٢ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٤٤ – نقض فرنسى ٨ و ٩ يوليه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ١ – ٨٥ .

(٤) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٩٧ ص ٢٦٤ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ =

الأولى من المادة ٩٨ مدنى وتجرى بما يأتى : « إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب » . وذكر النص أيضاً أنه إذا عرض شخص خدماته علناً على الجمهور فى شأن الوكالة ، كما إذا أعلن شخص أنه مستعد لأن يكون وكيلا عن منكوبى الحريق فى حى معين للمطالبة بحقوقهم ، فتقدم أحد هؤلاء المنكوبين بتوكيله ، فإن الوكالة تعد مقبولة ما لم ترد فى الحال(١) . وليس هذا إلا تطبيقاً لمبدأ الدعوة إلى التعاقد ، فمن دعا إلى التعاقد ، واستجاب له شخص ، يعتبر قابلا للتعاقد معه إلا إذا كان لديه مانع مشروع ورد التعاقد فى الحال . وفى جميع الأحوال لا تتجزأ الوكالة المعروضة على الوكيل ، فإذا قبل هذا قبولا ضمنياً على النحو الذى قدمناه جزءاً من الوكالة اعتبر أنه قد قبل الأجزاء الأخرى ، ويكون مخلا بالتزامه إذا لم ينفذ جميع ما اشتملت عليه الوكالة(٢) .

وأما أن يكون رضاء الموكل ضمنياً ، فذلك ما يقع عادة إذا كانت صلة الموكل بالوكيل من شأنها أن تسمح باستخلاص هذه الوكالة الضمنية من جانب الموكل(٣) . ويتحقق ذلك فى فروض كثيرة نذكر منها :

= فقرة ١٤٤٢ – نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ – ١ – ٢٩٩ – ٢٠ نوفبر سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ٤١٣ – ١٥ نوفبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٣٢ .

(١) جيوار فقرة ٤٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٩٩ .

(٢) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٩٥ – السين ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٤ – ١ – ٥٠ .

(٣) وقد يكون رضاء الموكل مستخلصاً من إذنه للوكيل أو من أمره له فى أن يقوم بالعمل . وقد نصت المادة ٩٢٨ مدنى عراقى فى هذا الصدد على ما يأتى : « الإذن والأمر يعتبران توكيلا إذا دلت القرينة عليه . والإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة . أما الرسالة فلا تعتبر توكيلا » . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز أن يكون التوكيل ضمنياً ، ويثبت بالبينة بالنسبة إلى الغير إذا كانت توجد قرائن قوية تحمل على صحة التوكيل كعلاقة أو قرابة (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٩ ص ٥٥) . وانظر فى هذا المعنى مصر الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٦٦ ص ٦٠٣ – المنصورة الكلية الوطنية ٦ فبراير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٥ رقم ٧٨ ص ٢١٦ – استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٧ .

ومع ذلك فانظر فى أن رضاء الموكل لا يجوز أن يكون ضمنياً بل يجب أن يكون صريحاً ، وفى تخريج حالات الوكالة الضمنية التى يستخلص فيها رضاء الموكل الضمنى جوسران ٢ فقرة ١٤٠٥ – =

١ — الوكالة الضمنية الصادرة لخدم المنزل ، فالمفروض أن الخادم وكيل عن سيده فى شراء الحاجات المنزلية المألوفة[١] . ولا تفترض هذه الوكالة إذا كان الشراء بالنسيئة ، إلا إذا جرت عادة السيد أن يشترى نسيئة[٢] .

٢ — الوكالة الضمنية الصادرة من الزوج لزوجته (mandat domestique) فى شراء الحاجات المنزلية والمفروشات والأمتعة التى تقتضيها عادة الحياة الزوجية[٣] ، وفى دفع المصروفات المدرسية للأولاد[٤] ، وأجرة الطبيب وثمن الأدوية[٥] ، وغير ذلك مما يكون من المألوف أن تشتريه الزوجة لحساب الحياة الزوجية ، وذلك فى غير إسراف وبالقدر الذى يتناسب مع موارد الزوج المالية[٦] ، ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع[٧] . ولا تقوم

= فقرة ١٤٠٦ — وانظر فى انتفاء فكرة الوكالة الضمنية Lecomte فى الوكالة المنزلية للمرأة المتزوجة باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٢ وما بعدها — أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٦ ص ٢٢١ .

(١) السين ٢٠ مايو سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ يوليه سنة ١٨٩٣ — ٦ مارس سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ٥ — ١٠ — باريس ١٢ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٥ — ١ — ٤٧٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ .

(٢) السين ١٠ فبراير سنة ١٨٩١ جازيت دى پاليه ٩١ — ١ — ٤٢٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى پاليه ١٩٢٩ — ١ — ٥٨٦ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٧ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٠ .

(٣) باريس ٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ٢ — ٢٤٩ — السين ٩ يونيه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ — ٥ — ٢٦ — ديرانتون ١٤ فقرة ٢٥٠ — ديمولومب ٤ فقرة ١٦٩ — فقرة ١٧٠ — لوران ٢٢ فقرة ١٠٨ — جيوار فقرة ٤٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٦ — ص ٨٨٧ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٥ هامش ١ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٠ — أما وكالة الزوج عن زوجته فلا تستخلص ضمناً من مجرد قيام رابطة الزوجية (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٣ ص ٦٠١) . وقضى بألا يعتبر الزوج وكيلا عن زوجته إلا بتوكيل صريح (مصر الوطنية ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٤٠١) .

(٤) مارسيليا ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٩ مجموعة أحكام إكس ٨٩ — ٢ — ٣٨ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٤ .

(٥) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٤ .

(٦) السين ١٤ يناير سنة ١٨٩٣ La Loi ٢٠ مارس سنة ١٨٩٣ — باريس ٥ فبراير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ — ٢ — ٤٩٥ — ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ — ٢ — ١٣٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٥ .

(٧) نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٨٨٩ سيريه ٩٠ — ١ — ١١٥ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٥ .

الوكالة الضمنية إذا تركت الزوجة منزل الزوجية وكانت ناشزا[١] ، أو كانت تتقاضى نفقة من زوجها[٢] ، أو أرسل الزوج إخطاراً للتاجر بأن الزوجة ليست وكيلة عنه[٣] . ولاتقوم الوكالة الضمنية إذا كانت المرأة خليلة لا زوجة ، إلا إذا اشتهرت بأنها زوجة شرعية[٤] . وتقوم الوكالة الضمنية للزوجة فى أعمال التجارة إذا كانت تساعد زوجها فى تجارته[٥] . وكذلك تقوم الوكالة الضمنية للأولاد القصر عن أبيهم فيما يشترونه من حاجيات يوميه[٦] .

٣ ـ الوكالة الضمنية الصادرة من المخدوم للمستخدم فى الشؤون التى يستخدم فيها هذا الأخير ، فيما جرت العادة أن ينوب فيه المستخدم عن المخدوم . فالمحامى ينوب عنه وكيل مكتبه ، والطبيب ينوب عنه « تمرجى » عيادته ، والتاجر ينوب عنه مستخدمو المتجر[٧] ، وناظر العزبة

---

(١) باريس ٧ و٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ٥ — ٢٥٧ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٦ .

(٢) باريس ٢٥ مايو سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ٢ — ٣٠٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٤ ص ٢٥٦ .

(٣) نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٤ — ١ — ٣٩٥ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٥ .

(٤) السين ٣٠ يوليه سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٣ — ١٠مارس سنة ١٩٢٤ جازيت دى تريبينو ١٠ — ١١ سبتمبر سنة ١٩٢٤ — ٥ مايو سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ — ٤٢٩ — باريس ٢١ نوفبر سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٤ — ١ — ١٨٧ — بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ وهامش ١—وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٦ مكررة ثالثا .

(٥) نقض فرنسى ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٣٩٦ — باريس ٩ يناير سنة ١٩٢٨ الأسبوع القضائى (Sem.Jur.) ١٩٢٨ — ٣٢٠— بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ .

(٦) السين ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٠ — ١ — ٦٠١ — بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ — أما بالنسبة إلى الأولاد البالغى سن الرشد فلا تقوم الوكالة الضمنية .

(٧) باريس ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت دى تريبينو ٢٣ يناير سنة ١٩٢٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٨٣ — بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يعتبر توكيلا ضمنياً ملزماً للموكل كالتوكيل الصريح حالة ما إذا كان الموظف معيناً رئيسا لفرع محل تجارى ، ويعمل بالنسبة إلى علاقاته =

ينوب عن صاحبها[١] .

٤ – الوكالة الضمنية الصادرة من الشركاء فى الشيوع لشريك لهم فى إدارة المال الشائع ، تطبيقاً للفقرة الرابعة من المادة ٨٢٨ مدنى وتجرى بما يأتى : « وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم »[٢] .

٥ – الوكالة الضمنية الصادرة للمحضر فى قبض الدين من المدين الذى يعلنه وفى إعطائه مخالصة ، وذلك إذا أراد المدين أن يدفع الدين للمحضر[٣] .

= مع التجار والمصارف باسمه ولحساب ولصالح هذا المحل ، فيشترى البضائع المرسلة ويدفع ثمنها من أموال المحل المودعة تحت تصرفه فى أحد المصارف كما يسحب عليها بإمضاء الشركة ومن غير أى معارضة من المحل على تصرفاته هذه . ولهذا فالسندات التى يحررها الوكيل بتوكيل ضمنى تكون حجة على الموكل ، خصوصاً إذا كانت تحررت بسبب مشتريات لصالح المحل (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٤) . ومع ذلك انظر فى أن رئيس فرع المبيعات فى محل تجارى لا يملك أن يعقد باسم المحل التزاما لأجل : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤٦ .

ولكن البواب لا يكون وكيلا عن صاحب العمارة فى قبض الأجرة من السكان إلا إذا فوض فى ذلك (السين ١٦ فبراير سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ – ٢ – ١٤٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٩ هامش ٥) .

(١) ويبدو أنه لا مانع من اعتبار أن هناك توكيلا ضمنياً لناظر العزبة فى شراء البذور والمواشى والأسمدة ، وفى التعاقد لرى الأرض وتأجير عمال الزراعة وغير ذلك من الأعمال التى تدخل فى نطاق عمله (استئناف مختلط ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١ – محمد على عرفة ص ٣٥٧) – ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلا عن المالك ، فتصرفاته فى غير الأعمال الزراعية هى أعمال تمهيدية خاضعة لقبول المالك أو رفضه ولو أعطى الناظر المذكور لنفسه صفة « وكيل دائرة » ، ولا يمكن اعتبار الورقة الصادرة من مثل هذا الشخص مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح الإثبات بالبينة فى حق المالك ، لأنه يشترط أن تكون الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة صادرة من نفس الخصم المراد الإثبات ضده وهى صادرة من شخص لا صفة له فى إصدارها بالتوكيل (استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤٠) – وعلى كل حال لا يجوز لناظر الزراعة التصرف أو الهبة ولو فى صورة صلح (استئناف مختلط ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) ، وليس له حق التقاضى باسم الموكل (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٦) .

(٢) وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٨ – ١ – ٣٨٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٩ .

(٣) نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠ – ١ – ٩٢٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٤ ص ٨٨٧ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٠ – ولكن قارن نقض فرنسى ١٨ أبريل سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ – ٣٣٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٦٦ (مسألة واقع تترك لتقدير قاضى الموضوع) .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت ، فى الحالات المتقدمة وغيرها من الحالات ، فيما إذا كانت هناك وكالة ضمنية ، على أن يبين فى أسباب حكمه قيام عناصر الوكالة ، وعلى أن يطبق تطبيقاً صحيحاً قواعد الإثبات[1] .

٢٢٢ — التوكيل على بياض : يقع فى بعض الأحيان أن يصدر الموكل توكيلا يترك فيه بياضاً مخصصاً لاسم الوكيل فلا يذكر وكيلا معيناً بالذات ، بل يترك البياض لكتابة اسم الوكيل فيما بعد ، وهذا ما يسمى بالتوكيل على بياض (mandat en blanc, blanc-seing) .[2] ويكون ذلك عادة عندما يكون العمل الموكل فيه محدود الأهمية ، ولا يعنى الموكل من يكون وكيله فيه فأى شخص يصلح أن يكون وكيلا . مثل ذلك عضو فى مجلس إدارة إحدى الجمعيات أو أحد النوادى يعتذر عن عدم حضور جلسة بشخصه ، ويرسل لمجلس الإدارة بتوكيل على بياض ، فيملأ مجلس الإدارة البياض باسم أحد أعضاء المجلس ليكون وكيلا عن العضو الغائب فى خصوص أعمال هذه الجلسة المعينة . ومثل ذلك أيضاً أحد المساهمين فى شركة يدفع بتوكيل على بياض لمساهم آخر لحضور جلسة الجمعية العامة للشركة ، فيملأ المساهم الآخر البياض باسم أحد أعضاء الجمعية العامة ليكون وكيلا عن المساهم الغائب . وهناك اعتراضان على هذه العملية . أحدهما قانونى ، هو أن الوكالة يدخل فيها الاعتبار الشخصى لذات الوكيل ولا يتفق هذا مع توكيل شخص غير معين بالذات . والاعتراض الثانى عملى ، هو أن توكيل شخص غير معين بالذات دليل على عدم اهتمام الموكل بالعمل الذى وكل فيه ، ويظهر خطر ذلك بوجه خاص فى التوكيل على بياض الذى يصدر من مساهمى الشركة ، فهم بذلك يدعون أمور الشركة تبت فيها أقلية منهم يسيطر عليها عادة مجلس الإدارة[3] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ داقوز ٩٥ — ١ — ٢٢٦ — ١٥ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ — ١ — ٤٥٥ — ١٩ فبراير سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٢٠٠ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ — ١ — ٣٢ — ١٣ مايو و٤ نوفبر سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢١ — ١ — ١٥٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٥ — الواسطى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٦٥ ص ٣٤٣ .

(٢) ترولون فقرة ١٠٣ — پون ١ فقرة ٨٦٠ — لوران ٢٧ فقرة ٣٩١ — جيوار فقرة ٣٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٢١ وفقرة ٤٧٨ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ .

(٣) على أن القضاء الفرنسى لا يبطل مداولات الجمعية العامة إلا فى الحالات التى يسىء فيها =

ولكن يمكن تحليل العملية من الناحية القانونية على الوجه الآتى : الموكل فى التوكيل على بياض قد وكل من دفع له هذا التوكيل – مجلس إدارة الجمعية أو المساهم الآخر – لا فى القيام بالتصرف القانونى محل التوكيل ، بل فى اختيار وكيل للقيام بهذا التصرف . فتكون هناك وكالتان . الوكالة الأولى صدرت من الموكل لمن تسلم التوكيل على بياض ، ومحلها توكيل شخص عن الموكل فى القيام بتصرف قانونى معين ، وهذه وكالة جائزة . والوكالة الثانية تنفيذ للوكالة الأولى ، فيوكل الوكيل شخصاً معيناً ينوب عن الموكل فى القيام بالتصرف القانونى ، ويقبل هذا الشخص المعين الوكالة ، وهذه أيضاً وكالة جائزة[1] .

= مجلس الإدارة استعماله لطريقة التوكيل على بياض للحصول على سلطات استثنائية (ريبير فى القانون التجارى فقرة ١٠٧٤ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٠ ص ٢٠١ هامش ١) .

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣ – نقض فرنسى ٤ أغسطس سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ – ١ – ٥٩ – وتترتب فى ذمة هذا الشخص المعين جميع التزامات الوكيل ، ويجب أن يؤدى للموكل – لا الوكيل الأول الذى اختار هذا الوكيل – حساباً عن الوكالة ، ولا يجوز القول بأنه لم يكن إلا اسماً مستعاراً لوكيل آخر (أنجيه ٥ مايو سنة ١٨٩١ مجموعة أحكام أنجيه ٩١ – ١٨٧ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٢١) . وفى هذا يفترق عن نائب الوكيل ، فنائب الوكيل يؤدى حساباً للوكيل الأصلى لا للموكل (نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٨ – ١ – ١١١ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٨) .

ويقرب من التوكيل على بياض التوكيل لحامله (**mandat au porteur**) ، فيعطى الموكل توكيلا لحامله لشخص دون أن يذكر اسمه ، ولهذا أو لغيره ممن يسلم إليه التوكيل لحامله أن يقوم بتنفيذ الوكالة ، والحامل الأخير للتوكيل هو الذى يعتبر وكيلا ويكون مسئولا قبل الموكل . ويمكن تحليل التوكيل لحامله على أنه توكيل لحامل الورقة فى أن يقوم بتنفيذ الوكالة بنفسه أو فى أن ينيب عنه فى تنفيذ الوكالة شخصاً آخر هو الذى يسلمه الورقة (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣) . وبذلك يختلف التوكيل لحامله عن التوكيل على بياض ، إذ التوكيل لحامله يتضمن توكيلا أصلياً وإنابة فى التوكيل ، أما التوكيل على بياض فيتضمن وكالتين أصليتين . ومع ذلك فقد قضى ببطلان التوكيل لحامله فى وكالة بالعمولة لحاملها لأحد مكاتب الأعمال وصحة الوكالة على بياض (باريس ٢٣ مايو سنة ١٩١٩ سيريه ١٩٢١ – ٢ – ٣٣ مع تعليق بنكاز – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٠) – وانظر **Valleur** فى الاعتبار الشخصى فى العقود رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ فقرة ٤٨ : ويشير إلى **Voirin** وهو يذهب إلى أن التوكيل لحامله ليس من حالات إنابة الوكيل لغيره إذ أن هناك وكيلا واحداً هو الحامل للتوكيل . وانظر فى صحة كل من التوكيل على بياض والتوكيل لحامله أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ : ويقررون أن الموكل يكون مسئولا عن يوكله فى أداء وظيفة تتعلق به ، سواء عين الوكيل بالاسم أو كان التوكيل على بياض .

وكما يجوز ترك بياض لاسم الوكيل ، يجوز كذلك ترك بياض للتصرف القانون محل الوكالة . فيوكل شخص شخصاً آخر معيناً بالذات فى تصرف قانونى لا يعينه ، بل يترك بياضاً يملأه الوكيل بعد ذلك ويعين بنفسه التصرف القانونى الذى وكل فى إجرائه . والأصل فى التوكيل على بياض فى هذه الحالة أن يكون توكيلاعاماً فى عمل أو أكثر من أعمال الإدارة لم يستطع الموكل تحديدها مقدماً ، فترك بياضاً يملأه الوكيل بعد ذلك عندما تتحدد مهمته . فإذا جاوز الوكيل حدود التوكيل بحسب ما تفاهم عليه مع الموكل ، لم يضار الغير حسن النية الذى تعامل مع الوكيل وهو مجاوز لحدود وكالته ، ونفذ أثر التصرف فى حق الموكل[١] . وليس لهذا الأخير إلا أن يرجع على الوكيل لإساءته ملء البياض بما لا يطابق الواقع . ويجب على الموكل ، حتى يستطيع الرجوع على الوكيل ، أن يثبت أولا أنه دفع التوكيل إلى الوكيل وفيه بياض مخصص لتعيين محل الوكالة فيما بعد ، ولا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها لأنه يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة . فإذا فرغ الموكل من إثبات ذلك ، وجب بعد هذا إثبات حدود الوكالة حتى يمكن التثبت من أن الوكيل فى ملأه للبياض قد جاوز هذه الحدود ، ويعتبر التوكيل على بياض بعد ثبوته مبدأ ثبوت بالكتابة على أن ما قام به الوكيل كان فى حدود الوكالة[٢] .

٢٢٣ — *شكل الوكالة — نص قانونى* : تنص المادة ٧٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك »[٣] .

---

(١) نقض فرنسى ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ٨٠ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٩ — بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٣ .

(٢) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٤٨ داللوز ٤٨ — ١ — ١٤٥ — ١١ يوليه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ١٥١ — ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ — ١ — ٤٦ — بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٤ .

ويمكن كذلك تصور أن يكون التوكيل على بياض من ناحية اسم الوكيل ومن ناحية التصرف القانونى محل الوكالة ، وذلك فى وقت واحد (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٤٤٣ ص ٨٧٤) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٥ من المشروع التمهيدى على وجه =

ولما كان الأصل فى التصرفات القانونية أن تكون رضائية لاتستوجب شكلا خاصاً ، فكذلك الأصل فى الوكالة أن تكون هى أيضاً رضائية .

فالوكالة فى البيع أو الشراء ، والوكالة فى الإيجار أو الاستئجار ، والوكالة فى القرض أو الاقتراض ، والوكالة فى عقود الصلح والمقاولة والعارية والوديعة والكفالة وغير ذلك من العقود الرضائية ، تكون رضائية مثل العقد الذى هو محل الوكالة ، ولاتستوجب شكلا خاصاً لانعقادها .

كذلك الوكالة فى قبول الوصية ، وفى قبول الاشتراط لمصلحة الغير ، وفى تطهير العقار المرهون ، تكون رضائية مثل التصرف القانونى الصادر من جانب واحد الذى هو محل الوكالة ، ولاتستوجب شكلا خاصاً لانعقادها .

وهناك عقود شكلية تقتضى لانعقادها شكلا خاصاً ، ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة مثلا ، فهذه تكون الوكالة فيها أيضاً شكلية[1] .

= مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٢ فى فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٠ – ص ١٩٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل – ولكن النص تطبيق للقواعد العامة فيعمل به فى العراق .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٥ : لا يجوز إعطاء الوكالة إلا بالصيغة المقتضاة العمل الذى يكون موضوع التوكيل ، ما لم يكن هناك نص قانونى مخالف . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) وفى فرنسا حيث لا يوجد نص عام يقابل نص المادة ٧٠٠ مدنى سالف الذكر ، ويقضى بأن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى فى محل الوكالة ، بل إن المادة ١٩٥٨/١ مدنى فرنسى تقضى بأن الوكالة عقد رضائى ويصح أن تكون شفوية ، يتابع الفقهاء والمحاكم النصوص المتفرقة التى تقضى فى حالات معينة بأن تكون الوكالة مكتوبة (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٨٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٠) ، وكذلك النصوص التى تقضى فى حالات معينة بأن تكون الوكالة مكتوبة فى ورقة رسمية (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٦٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٠) ، ثم يستخلصون قاعدة يذهبون فيها إلى وجوب التمييز بين ما إذا كانت الورقة الرسمية أو الورقة العرفية المطلوبة لانعقاد التصرف القانونى واجبة لضمان سلامة التصرف ولحماية المتعاقدين وتبصيرهم =

فالوكالة فى الهبة يجب لانعقادها أن تكون فى ورقة رسمية كالهبة ذاتها محل الوكالة . ولكن هذا مقصور على توكيل الواهب لغيره فى أن يهب ما لا له نيابة عنه ، إذ إيجاب الواهب هو وحده الذى يجب أن يكون فى ورقة رسمية . أما قبول الموهوب له فلا تشترط فيه الرسمية(١) ، ومن ثم يكون توكيل الموهوب له غيره فى قبول الهبة عقدا رضائياً لا يستوجب شكلا خاصاً لانعقاده . وكالوكالة فى الهبة الوكالة فى الرهن الرسمى ، يجب أن يكون توكيل الراهن غيره فى رهن العقار مكتوباً فى ورقة رسمية ، أما توكيل الدائن المرتهن غيره فى ارتهان العقار فهو عقد رضائى لا يستوجب شكلا خاصاً لانعقاده(٢) .

= بمواقب تصرفاتهم وفى هذه الحالة يجب أن تكون الوكالة أيضاً فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية تبعاً للتصرف محل الوكالة للاعتبارات ذاتها ، وبين ما إذا كانت الورقة واجبة لحماية الغير وفى هذه الحالة لا يشترط أن تكون الوكالة مكتوبة إذ يكفى لحماية الغير أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة ذاته مكتوباً (بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤٦٥ — فقرة ٤٧٢ وفقرة ٤٧٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٠ — فقرة ١٤٥١ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٩ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٥٠٢٩ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥١ — چوسران ٢ فقرة ١٤٠٤ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٠٢) .

ولكن التقنين المدنى المصرى جاء بنص عام هو المادة ٧٠٠ مدنى سالفة الذكر ، ويقضى بأن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى محل الوكالة ، دون تمييز بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير . كما فعل ذلك أيضاً فى الوعد بالتعاقد فأوجب لانعقاد الوعد أن يستوفى الشكل المعين لانعقاد التعاقد الكامل (م ١٠١/٢ مدنى) ، دون تمييز بين حالة وحالة . فوجب إذن الوقوف عند النص ، وعدم التمييز بين ما إذا كان الشكل مطلوباً لحماية المتعاقدين أو لحماية الغير ، فى الحالتين يجب أن تستوفى الوكالة الشكل المطلوب للتصرف القانونى محل الوكالة (انظر فيما يتعلق بالشكل فى الوعد بالتعاقد ووجوب عدم التمييز بين حالة وحالة الوسيط ١ فقرة ١٣٥ ص ٢٥٤ هامش ١) . ويذهب بعض الفقهاء فى مصر إلى أنه يجب فى القانون المصرى ، بالرغم من إطلاق نص المادة ٧٠٠ مدنى ، إجراء نفس التمييز الذى أجراه الفقه والقضاء فى فرنسا بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير (محمد كامل مرسى فقرة ١٦٦ ص ٢١٥ — محمد على عرفة ص ٣٥٤) . ويشير الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى هذا التمييز ، ويعقب عليه بما يأتى : « ويصعب إيجاد مثال فى القانون المصرى على شكل يشترطه القانون لمصلحة الغير » (أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٣) . وهذا ما يجعل التمييز المشار إليه ليست له أهمية عملية فى التقنين المصرى الجديد .

(١) الوسيط ٥ فقرة ٣٢ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٦٦ ص ٢١٤ .

ومحو قيد الرهن الرسمى (شطب الرهن الرسمى) تصرف قانونى شكلى(م ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) ، فكذلك التوكيل الذى يعطيه الدائن المرتهن للغير لإجراء المحو يجب أن يكون رسمياً(١) .

وعقد الشركة يجب أن يكون مكتوباً ولو فى ورقة عرفية ، وإلا كان باطلا (م ٥٠٧ مدنى) ، فهو إذن عقد شكلى . ومن ثم تكون الوكالة فى عقد الشركة عقداً شكلياً ، و لا تنعقد إلا بورقة مكتوبة ولوكانت ورقة عرفية(٢) .

وقد جاءت العبارة الآتية فى آخر المادة ٧٠٠ مدنى سالفة الذكر : « ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . فإذا وجد نص يقضى بأن يكون التوكيل فى شكل معين ، وجبت مراعاة هذا الشكل ، دون نظر إلى ما إذا كان التصرف القانونى محل التوكيل شكلياً أو غير شكلى ، ودون نظر إلى ماهية الشكل المطلوب لهذا التصرف . مثل ذلك التوكيل الصادر للمحامى أو الوكيل بالخصومة ، فقد نصت المادة ٢٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ فى شأنه على على ما يأتى : « يجب على المحامى أو على أى وكيل آخر يكلف بالحضور عن الخصوم أمام المحاكم أن يقدم توكيله إلى قلم الكتاب فى اليوم المعين للحضور، فإذا كان التوكيل بورقة غير رسمية وجب التصديق على الإمضاء . وإذا حضر الموكل مع المحامى أثبت كاتب المحكمة ذلك فى محضر الجلسة بعد أداء رسم التوكيل ورسم الدمغة المستحقين عليه ، وقام هذا مقام التصديق على الإمضاء(٣) » .

---

(١) عمر أبو شادى فى شهر الحقوق العقارية سنة ١٩٤٧ فقرة ٣٦٥ ص ٣٠٥ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد شكل الوكالة ، ما يأتى : « وإذا كان العمل القانونى المعهود به إلى الوكيل لا يقتضى شكلا خاصاً كالبيع والإيجار ، فلا يشترط توافر شكل خاص فى الوكالة . أما إذا كان القانون يتطلب شكلا معيناً فى هذا العمل ، كالرهن الرسمى والهبة ، فإن التوكيل يجب أن يتوافر فيه هذا الشكل . فالتوكيل فى رهن أو هبة يجب أن يكون فى ورقة رسمية . ويتبين من ذلك أنه إذا اشترط القانون شكلا خاصاً فى عقد معين ، وجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فى الوعد بهذا العقد . . وفى التوكيل فيه . . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٢) .

(٣) وتنص المادة ٢٨ من قانون المحاماة على ما يأتى : « المحامى الذى صدر له توكيل عام مصدق عليه قانوناً ويتضمن نيابته عن أحد الخصوم أمام المحكمة الابتدائية أو أمامها وأمام المحاكم التابعة لها ومحكمة الاستئناف الداخلة فى دائرتها يعفى من تقديم أصل التوكيل اكتفاء بصورة رسمية منه يودعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية ، ويعمل به أمامها وأمام المحاكم التابعة لها وأمام محكمة =

= الاستئناف الداخلة فى دائرتها . وتتخذ المحكمة الابتدائية سجلا تقيد فيه التوكيلات التى تقدم لها من هذا القبيل ، وتحرر من واقعه كشوفاً ترسل إلى المحاكم المبينة آنفاً . وإذا كان التوكيل بعقد رسمى ، اكتفى بإثبات رقم التوكيل وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة . أما الحضور أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا فيجب أن يكون بتوكيل يقدم إليها ، فإن كان عاماً اكتفى به فى جميع قضايا الموكل التى تنظر أمامها دون حاجة للحصول على صورة رسمية منه فى كل قضية » .

وانظر فى وجوب مراعاة الشكل المقرر قانوناً لتوكيل المحامى : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٣ ص ٣٩٥ — ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨ — ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨ ص ٤٠ — وقارن نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٤ ص ١٠٤١ — ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٠ ص ٦٩٨ (وتقول المحكمة ، فى توكيل للمحامى حرر بعد أن أعلن المحامى صحيفة الدعوى ، بأن الطعن فى صفة المحامى لحضوره أول مرة من غير توكيل ، واعتبار أن فقده الصفة النيابية ينسحب إلى وقت تحرير الورقة وإعلانها ، واستنتاج أن صاحب الشأن لم يشترك فى الورقة ولم يرض بها ، كل هذا تجاوز فى الاستدلال ضار بحقوق الناس لما فيه من التدخل بغير موجب فى علاقة ذوى الشأن بوكلائهم ، تلك العلاقة التى لا يجوز للقضاء التدخل فيها إلا فى صورة إنكار ذى الشأن لوكالة وكيله **désaveu**) . وقضى أيضاً فى نفس المعنى بأنه وإن كان القانون يشترط فى الوكالة بالخصومة أن تكون بالكتابة ويتطلب تقديم سند التوكيل لإثبات الوكالة ، إلا أنه متى أقر الخصم الحاضر مع المحامى بالوكالة ، فإن هذا يكفى دليلا فى الإثبات ، فلا يجوز للقضاء التصدى لعلاقة ذوى الشأن بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله . فإذا باشر المحامى إجراء قبل أن أن يستصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل ، فلايعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة أولم يرسل عنه وكيلا ثابتة وكالته بالطريقة القانونية ، جاز لخصومه محافظة على حقوقهم إبداء الطلبات التى يجيزها لهم القانون فى هذا الخصوص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٧ ص ٣١٢ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٦) .

وانظر فى أن المحامى الذى يقرر الطعن بالنقض يجب أن يكون موكلا عن الطاعن وإلا كان الطعن باطلا : نقض مدنى ١١ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٧٢ ص ٤٧٦ — وأنه يجب أن يكون هذا المحامى مقبولا أمام محكمة النقض وقت التقرير بالطعن ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل : نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٤ ص ٥٥٢ .

وانظر فى أن التوكيل الصادر من يونانى فى مصر لمحام يجب أن يكون فى ورقة رسمية أومصدقاً فيه على الإمضاء من مكاتب التوثيق ، ولا يكفى اعتماد السفارة اليونانية لإمضاء الموكل : نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٥ ص ٤١٧ .

وإذا نزل المحامى عن الاستئناف اعتبر النزول من وقته لا من وقت توكيله توكيلا خاصاً فى ذلك ، ما دام الموكل لم يتنصل من عمل المحامى (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩٥) .

٢٢٤ — إثبات الوكالة : ولا يوجد نص خاص فى إثبات الوكالة ، فوجب تطبيق القواعد العامة فى الإثبات[١] . ومن ثم لا تثبت الوكالة ، إذا زادت قيمة التصرف القانونى الموكل فيه على عشرة جنيهات ، إلا بالكتابة أو بمايقوم مقامها[٢] .

وقد جرت العادة أن الموكل يدفع إلى الوكيل توكيلا مكتوباً[٣] فينفذ هذا الأخير الوكالة ، ويعتبر تنفيذه لها كما قدمنا قبولا ضمنياً . وفيما بين الموكل والوكيل ، يستطيع الوكيل أن يثبت الوكالة قبل الموكل بهذه الورقة المكتوبة . فإن لم توجد ، وكانت قيمة الوكالة تزيد على عشرة جنيهات ، جاز له أن يثبت الوكالة بمبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن . كما يجوز له أن يثبتها بالإقرار وباليمين[٤] . وإذا وجد مانع ولو أدبى من الحصول على

---

(١) وعبء إثبات الوكالة يقع على من يدعيها ، فإذا احتج بها الموكل على الوكيل ليطالبه بالتزاماته كان عليه أن يثبتها ، وإذا احتج الوكيل على الموكل بالوكالة للمطالبة بأجره أو بما انفق من المصروفات مثلا كان على الوكيل أن يثبت الوكالة (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٠٧) . وإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ، وكذلك يكون على الموكل أن يثبت الوكالة إذا احتج بها على الغير للمطالبة بهذه الآثار.

(٢) استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢١ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٤٢ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ص ٢٨٧— ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ — ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢ — ١٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٢ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ — أول يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣١ — نقض فرنسى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٢ — ١ — ٤٨٨ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ٤٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٨١ — ١٦ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦ — ٣٧٣ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٩٤٧ — ١ — ١٠٦ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٠١ ص ٢٦٦ — أوبرى ورووإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٨ — بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢ — بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٢٨ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٠ — چوسران ٢ فقرة ١٤٠٩ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١١٤ — فقرة ١٢٦ .

(٣) وقد يرسل الموكل التوكيل للوكيل فى برقية (الجزائر ٧ أبريل سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ٢ — ١٨٩ — بلانيول و ريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٢ هامش ٦) .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٢٨ — ٢٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٥ — ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨ — وانظر فى الإقرار بالوكالة عن طريق عدم المنازعة فى صدورها فى جميع أدوار التقاضى : نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ =

الكتابة ، كما هو الأمر فيما بين الزوجين والأقارب والأصهار [1] ، جاز الإثبات بالبينة والقرائن . كذلك يجوز للموكل أن يثبت الوكالة قبل الوكيل بالكتابة ، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن ، أوبالإقرار ،[2] أو باليمين . وإذا جرى العرف بألا تؤخذ كتابة ، كما هو الأمر فيما بين السيد والخادم والمخدوم والمستخدم ورب العمل والعامل وفى أكثر حالات الوكالة الضمنية[3] ، جاز الإثبات بالبينة أوبالقرائن[4] .

= رقم ٢٤٨ ص ٦٥٥ – وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن تنفيذ الوكالة أوالإقرار بها صراحة أو ضمناً من الأدلة التى يجيزها القانون لإثبات الوكالة ، وإذا كان الموكل لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الوكالة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة إذا زاد موضوع التصرف محل الوكالة على عشرة جنيهات ، فإنه لا يملك التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ولأنه لا يجوز أن يثار أمام محكمة النقض إلا ماكان معروضاً على محكمة الموضوع من أوجه الدفاع (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٢ ص ١٧٦) .

(١) نقض فرنسى ٨ يوليه سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ٤٢٦ .

(٢) ويعتبر إقراراً قبول الموكل تقديم حساب له من الوكيل ، كما يعتبر إقراراً اعتراف الموكل بالوكالة فى مذكرة مكتوبة فى خصومة بينه وبين الوكيل (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٠٢) . ويقرب من الإقرار أن يحسب صاحب الفندق للخدم ١٠٪ من قيمة ما يتقاضاه من العميل ، فيكون هذا بمثابة إقرار مكتوب منه بأنه قبض هذا المبلغ لحساب الخدم (نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣٠–١–٤٠) . وإذا أثبت الموكل أن الوكيل كان على علم بصدور التوكيل له ثم نفذ الوكالة ، جاز له الإثبات بهذه القرينة ولو زادت القيمة على عشرة جنيهات لجريان العادة بذلك (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٠٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٣) .

(٣) وفى حالة ما إذا كانت الوكالة الضمنية لا يقوم فيها مانع من الحصول على الكتابة ، وجب الإثبات بالكتابة (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٧ هامش ٢ مكرر ٣ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦٨ ص ٢١٩ – محمد على عرفة ص ٣٦١ – ص ٣٦٢ – وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٠٤ – مصر الوطنية ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٢٦٦ ص ٣٠٦ – محرم بك ١٤ فبراير سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٧ ص ١٥٧٧) – أما إذا وجد مانع من الإثبات بالكتابة ، كقيام علاقة الزوجية أو القرابة ، أو إذا أراد الغير إثباتها قبل الموكل ، فإنه يجوز الإثبات بجميع الطرق (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٢) – وهذا كله عن إثبات إيجاب الموكل فى الوكالة الضمنية ، أما إثبات قبول الوكيل ، ويستخلص ضمناً من تنفيذه للوكالة ، فيكون بجميع الطرق ، لأن القبول إنما يستخلص من واقعة مادية (محمد على عرفة ص ٣٦٠) .

(٤) انظر فى الزوجية والقرابة وعلاقة الخدمة وعرف بعض المهن كموانع أدبية تحول دون الحصول على الكتابة : الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧ – فقرة ٢٢٩ .

وفى الوكالة التجارية[١] ، وكذلك فى الوكالة المدنية التى لاتزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، يجوز الإثبات ، من الوكيل قبل الموكل ومن الموكل قبل الوكيل ، بجميع طرق الإثبات ويدخل فيها البينة والقرائن .

وبالنسبة إلى الغير الذى يتعامل معه الوكيل ، لاتعتبر الوكالة واقعة مادية ، لأن هذا الغير يتأثر بالوكالة كما لو كان طرفاً فيها[٢] ، فهو فى موقف يقرب من المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير إذ المنتفع يعتبر الاشتراط لمصلحته بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية[٣] . ويترتب على ذلك أن الغير الذى يتعامل مع الوكيل لايستطيع أن يثبت الوكالة التى يحتج بها على الموكل إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات[٤] . ومن ثم يجوز له أن يطلب من الوكيل قبل أن يتعاقد معه ورقة مكتوبة تثبت الوكالة[٥] ، بل

---

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤٠ — مصر الوطنية ٢٩ نوفبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧ — نقض فرنسى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٨٣ — ١٣ مايو سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢١ — ١ — ١٥٤ — ١٤ نوفبر سنة ١٩١٩ سيريه . ١٩٢ — ١ — ٢١٥ .

(٢) إذ هى التى تضفى صفة النيابة على الوكيل فتجعله ذا صفة فى التعاقد معه (قارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٤ ص ٢٠٦) .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ١٨٤ ص ٣٤٥ هامش ١ .

(٤) جيوار فقرة ٦٦ — ترولون فقرة ١٤٥ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤١٠ (ولكن انظر فقرة ٥١٩) — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٤٣ ص ٨٨٤ — ص ٨٨٥ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٢٨ — نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ — ١ — ١١٤ — أول أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠ — ١ — ٣٥٧ — ١٩ يوليه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥ — ١ — ١٢٥ — ٢ مارس سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٩٤ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ٤٠ — ولكن الغير يستطيع الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا كانت الوكالة تجارية أو إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة ما بين الموكل والوكيل (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٦) .

(٥) دى پاچ ٥ فقرة ٣٧٢ — وليس من الضرورى أن يكون إمضاء الموكل مصدقاً عليه (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٥) ، ولكن يجب أن تكون الوكالة كافية فى إضفاء صفة النيابة على الوكيل فى التصرف الذى يقوم به ، فيكون الغير مقصراً إذا تعاقد مع وكيل بالرهن دون أن تكون وكالته خاصة بالرهن ، بل كانت وكالة عامة أو وكالة فى غير الرهن (نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ داللوز ١٩١٧ — ١ — ١٠٢) . ولا يكفى أن يثبت الغير نص التوكيل فى العقد الذى يبرمه مع الوكيل ، فنقل النص لايصلح حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة للاحتجاج به على الموكل لأنه لم يصدر منه ، ولكن إذا لم يكن التوكيل صحيحاً فنقله يعتبر تزويراً =

له أن يطلب ورقة رسمية فى الحالات التى لا تنعقد فيها الوكالة إلا بهذه الورقة على النحو الذى سبق بيانه . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ١٠٥ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه» ، فحذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ[1].

ولا يكفى لإثبات الوكالة فى قبض الدين أن يبرز الوكيل للمدين — وهو الغير الذى يتعامل معه الوكيل — سند الدين فى يده ، ولايجوز له أن يتخذ من حيازة سند الدين قرينة على أنه موكل من الدائن فى قبضه[2]. ولكن يكفى لإثبات الوكالة فى قبض الدين أن يقدم الوكيل للمدين مخالصة بالدين صادرة من الدائن ، وقد نصت المادة ٣٣٢ مدنى صراحة على ذلك إذ تقول : « يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً »[3].

٢٢٥ — متى يكون عقد الوكالة مدنيا ومتى يكون تجاريا : تكون الوكالة مدنية أو تجارية بالنسبة إلى الموكل بحسب ما إذا كان التصرف القانونى

= من جانب الوكيل إذا كان عالماً بعدم صحته (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٥ — ص ٨٨٦) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٤ ص ٢٠٠ هامش ١ — وانظر أيضاً الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٦ هامش ١ حيث وردت الأسباب التى دعت لجنة مجلس الشيوخ إلى حذف هذا النص ، ولخصت هذه الأسباب فى تقرير اللجنة المذكورة على الوجه الآتى : « حذفت هذه الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، وفى القواعد العامة ما يغنى عن النص عليها » . وقد كان التقنين المدنى القديم يذهب إلى أبعد من ذلك ، فكان ينص فى المادة ٥١٨/٦٣٤ منه على ما يأتى : « لمن يعامل الوكيل الحق فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل » . ولكن التقنين المدنى الجديد لم ينقل هذا النص ، وترك الغير الذى يتعامل مع الوكيل حراً فى تقدير الموقف ، فقد يرفض التعامل مع الوكيل إلا إذا قدم هذا صورة رسمية من سند التوكيل ، أو يكتفى بتوكيل عرفى مصدق فيه على إمضاء الموكل أو غير مصدق ، أو لا يطلب إبراز أى توكيل مكتوب إذا كان واثقاً من قيام الوكالة (محمد على عرفة ص ٣٥٤) ، مع ملاحظة أنه يحمل عبء إثبات الوكالة على النحو الذى قدمناه .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٩٤ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٠٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٣ ص ٨٨٦ .

(٣) فوجود مخالصة بالدين صادرة من الدائن فى يد وكيل الدائن قرينة على قيام الوكالة =

محل الوكالة مدنياً أو تجارياً بالنسبة إليه . فإذا صدر توكيل من الموكل فى تصرف تجارى ، كما إذا كان الموكل تاجراً وكان التصرف متعلقاً بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولكن التصرف القانونى كان عملا من أعمال المضاربة فيدخل فى الأعمال التجارية ، كانت الوكالة تجارية بالنسبة إلى الموكل. وإذا صدر التوكيل فى تصرف مدنى ، كما إذا كان الموكل تاجراً ولكن التصرف لا يتعلق بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولم يكن التصرف مما يدخل فى الأعمال التجارية ، كانت الوكالة مدنية بالنسبة إلى الموكل . ويترتب على ذلك أن توكيل سمسار فى شراء أسهم للاستغلال يعتبر عملا مدنياً بالنسبة إلى الموكل ، وفى شراء أسهم للمضاربة يعتبر عملا تجارياً بالنسبة إليه[1]. وتوكيل التاجر لشخص فى شراء منزل لسكناه يعتبر عملا مدنيا بالنسبة إلى الموكل ، وتوكيله فى شراء بضائع لتجارته يعتبر عملا تجارياً بالنسبة إليه[2] .

أما بالنسبة إلى الوكيل ، فإن الوكالة تعتبر تجارية إذا كان تاجراً وكانت الوكالة تدخل فى أعمال تجارته ، وتعتبر مدنية إذا لم يكن تاجراً ولو دخلت الوكالة فى أعمال مهنته . فوكالة السمسار فى شراء منزل للسكنى تعتبر وكالة تجارية بالنسبة إلى السمسار[3] ، وإن كانت مدنية بالنسبة إلى الموكل . ووكالة المحامى عن تاجر فى قضية تجارية تعتبر وكالة مدنية بالنسبة إلى المحامى[4]، وإن كانت تجارية بالنسبة إلى الموكل .

= وذلك ما لم يكن متفقاً بين الدائن والمدين على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً ، فالمدين فى هذه الحالة ألا يفى بالدين إلا للدائن ، ولكنه إذا وفى لمن بيده المخالصة كان الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمة . وكثيراً ما يعطى المالك للبواب مخالصات بالأجرة ، فيتقدم بها البواب إلى السكان ، وتكون له بذلك صفة فى قبض الأجرة (الوسيط ٣ فقرة ٤٢٠ ص ١٧٦ وهامش ٤) .

(١) نقض فرنسى ٢٥ يوليه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ – ١ – ٥٠٠ – ٤ يوليه سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢ – ١ – ٥٢ – ٢٩ نوفبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٢٠ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٧٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٧ .

(٢) نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ – ١ – ١٢٩ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٧٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ – استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٧ .

(٣) نقض فرنسى ٢٩ نوفبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ – ١ – ١٢٧ – ٤ يوليه سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢ – ١ – ١٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٢ .

(٤) جاند ١١ يناير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٨ – ٤ – ٣١ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٧٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٢٨ .

وتظهر أهمية اعتبار الوكالة مدنية أوتجارية بوجه خاص فى الاختصاص وفى الإثبات . فإذا كانت الوكالة مدنية ، كان القضاء المدنى هو المختص ، ولم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات . أما إذا كانت الوكالة تجارية ، فإن القضاء التجارى يكون مختصاً ، ويجوز الإثبات بالبينة أوبالقرائن مهما بلغت قيمة الوكالة .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٢٢٦ — الأهلية وعيوب الإرادة : شروط صحة الوكالة هى شروط صحة أى عقد آخر : توافر الأهلية الواجبة ، وسلامة التراضى من عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية فى الوكالة

٢٢٧ — أهلية الموكل : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص فى أهلية الموكل ، فكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يجب أن يكون الموكل أهلا أن يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه » . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة[1] . والقواعد العامة تتفق مع هذا النص ، فيعمل به بالرغم من حذفه[2] . وتقول

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ فى الهامش .

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٠ مدنى عراقى على ما يأتى : « يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به ، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبى غير مميز مطلقاً ولا توكيل صبى مميز بتصرف ضار ضرراً محضاً ولو أذن به الولى ، ويصح توكيله بالتصرف الذى ينفعه بلا إذن وليه ، وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذوناً له بالتجارة ، فإن كان محجوراً ينعقد توكيله موقوفاً على إذن وليه » .

وتنص المادة ٧٧٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « لا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل نفسه أهلا للقيام بموضوعها . ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل ، بل يكفى أن يكون من ذوى التمييز » .

المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدده : « ولما كان العمل القانونى الذى يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة (م ١٥٨ من المشروع) ، وجب أن يكون الموكل أهلا وقت الوكالة أن يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه . فإذا وكل فى بيع وجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الواجب توافرها فى البائع ، وإذا وكل فى إيجار وجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها فى المؤجر ، وهكذا »[1] .

والعبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل العقد فى وقت واحد ، فلو أن الموكل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل لم تصح الوكالة ، ولاتصح أيضاً إذا كان الموكل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد[2] .

وإذا لم يكن الموكل أهلا لأن يؤدى التصرف القانونى محل الوكالة ، كانت الوكالة باطلة فلا تضفى على الوكيل صفة النيابة . فإذا تعاقد مع الغير تنفيذاً للوكالة كان العقد باطلا ، حتى لو كان الوكيل حسن النية ، وحتى لو كان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ — استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠ — بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤١١ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ — الوسيط ١ فقرة ٨٧ — محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ — محمد على عرفة ص ٣٦٢ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٦١ ص ٢٠٢ — ويجوز للشركة أن تقيم عنها وكيلا فيما تملك التصرف فيه . وإذا نصب أحد الشركاء وكيلا فقد يصعب التمييز بين ما إذا كان هذا الشريك قد نصب الوكيل نيابة عن الشركة أو نصب وكيلا عنه شخصيا ، وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى المسألة (بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤١٤) .

(٢) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٠٧ ص ٢١٤ هامش ١ — الوسيط ١ فقرة ٨٧ ص ١٩٥ هامش ٢ (حيث وقفنا عند وقت مباشرة الوكيل للعقد ، والصحيح أنه يجب الاعتداد أيضاً بوقت الوكالة) — وانظر فى أن العبرة بوقت الوكالة : محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١٢ — محمد على عرفة ص ٣٦٣ — بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٤١٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ (ولكن هؤلاء يتحفظون فيقولون بتأثر عقد الوكالة بموت الموكل وقت تعاقد الوكيل أو بتغير أهليته) . وقد قضى بأن الوكالة الصادرة من قاصر لشخص بأن يبيع له عقاراً تكون باطلة إذا صدرت فى حالة القصر ، ولو صدر البيع من الوكيل بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، وذلك لأنه لأجل معرفة صحة الوكالة أو عدم صحتها يرجع إلى التاريخ الذى صدرت فيه ، لا إلى تاريخ التصرف الذى أجراه الوكيل بمقتضاها (استئناف أول مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٢٠ ص ٢١٢) . ولكن اذا وقع العكس ، وكان الموكل بالغاً سن الرشد وقت التوكيل ، ثم حجر عليه ، ونفذ الوكيل الوكالة والموكل محجور عليه ، لم ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل إلى الموكل . على أن الوكيل لا يكون مسئولا إذا كان عند تنفيذ الوكالة يجهل توقيع الحجر على الموكل (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٥٥) .

الغير الذى تعاقد معه حسن النية ما لم يكن هناك محل لتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة(١) .

ويجب ، إذا كانت الوكالة تتضمن التزامات أخرى فى جانب الموكل غير انصراف أثر تعاقد الوكيل إليه ، كما لو كانت الوكالة مأجورة والتزم الموكل بدفع أجر للوكيل ، أن يكون الموكل أيضاً أهلا لعقد هذه الالتزامات . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى إيجار منزله وتعهد بدفع أجر للوكيل ، وجب أن يكون الموكل أهلا للإدارة حتى يستطيع الوكيل أن ينوب عنه فى إيجار المنزل ، وأن يكون فى الوقت ذاته أهلا للتصرف حتى يستطيع أن يلتزم بدفع الأجر للوكيل . فإذا كان أهلا للإدارة دون أن يكون أهلا للتصرف ، كانت الوكالة صحيحة فيما يتعلق بنيابة الوكيل عن الموكل ، وقابلة للإبطال فيما يتعلق بالتزام الموكل بدفع الأجر(٢) .

٢٢٨ — أهلية الوكيل : وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل أيضاً على نص فى أهلية الوكيل ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٧٤ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « أما الوكيل فيكفى فيه أن يكون قادراً على التمييز . لكن إذا كان ناقص الأهلية ، كان مسئولا قبل الموكل بالقدر الذى يمكن أن تتحقق مسئوليته ، على الرغم من نقص أهليته » . فحذف هذا النص أيضاً فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة(٣) . والقواعد العامة تتفق مع

---

(١) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٢ — ١ — ٣٩٨ — ١٨ أبريل سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤— ١ — ٥ — لوران ٢٧ فقرة ٤٠٠ — جيوار فقرة ٥٥ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤١٦ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ — محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ — محمد على عرفة ص ٣٦٢ — ص ٣٦٣ — وإذا كان الموكل غير أهل للتعاقد ، فكان العقد الذى أبرمه الوكيل مع الغير باطلا ، فإنه يجوز للغير أن يرجع على الموكل بموجب قاعدة الإثراء بلا سبب (محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١) .

(٢) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤١٤ مكررة — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢٥ — محمد كامل مرسى فقرة ١٦١ ص ٢١١ — وإذا كان الموكل غير أهل ، صح أن يصدر التوكيل نيابة عنه من وليه أو وصيه أو القيم عليه فيما يدخل فى ولاية هؤلاء ، ويكون الوكيل فى هذه الحالة وكيلا للمحجور لا وكيلا لنائبه ، فإذا تغير النائب لم ينعزل الوكيل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٨٩ فى الهامش .

هذا النص ، فيعمل به بالرغم من حذفه[1] . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدده : « أما الوكيل فلا ينصرف إليه أثر العقد ، فلا يلزم أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانونى الذى وكل فيه ؛ ولكنه لما كان طرفاً فى عقد الوكالة ، فإن هذا العقد يكون قابلا للبطلان إذا كان قاصراً ، فإذا ما أبطل العقد لم يكن الوكيل مسئولا عن التزاماته إلا فى حدود الإثراء بلا سبب (انظر ٢٠١ فقرة ٢ من المشروع) . ولكن لا يجوز للغير الذى تعامل مع الوكيل القاصر أن يتمسك ببطلان عقد الوكالة ، فإن البطلان لم يتقرر إلا لمصلحة القاصر »[2] .

ويتبين من ذلك أنه إذا كانت أهلية التصرف القانونى محل الوكالة يجب أن تتوافر فى الموكل ، فإنه لا يجب توافرها فى الوكيل لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه هو بل ينصرف إلى الموكل ، هذا إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل[3] . فيصح توكيل قاصر أو محجور عليه فى بيع منزل لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف . وقد قضى بأنه يجوز توكيل القاصر فى تصرف لا أهلية له فيه ، إذ يكفى أن يكون الوكيل مميزاً مادام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصى[4] . ولكن الوكيل يجب أن يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة مستقلة ،

---

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠ مدنى عراقى على ما يأتى : « ويشترط أن يكون الوكيل عاقلا مميزاً ، ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبى المميز وكيلا وإن لم يكن مأذوناً » .

وانظر العبارة الأخيرة من المادة ٧٧٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى إذ تقول : « . . ولا تطلب هذه الأهلية من الوكيل بل يكفى أن يكون من ذوى التمييز » (انظر آنفاً فقرة ٢٢٦ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩١ – ص ١٩٢ .

(٣) أما إذا كان الوكيل يعمل باسمه ، كما فى الاسم المستعار أو المسخر ، فإن أثر العقد ينصرف إليه شخصياً ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه أهلية هذا العقد .

(٤) استئناف وطنى ٨ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨ – وقضى أيضاً بأنه وإن كان من اللازم أن يكون الموكل راشداً إلا أنه لا يشترط الرشد فى الوكيل ، إذ أن من له ثقة فى كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلا عنه تحت مسئوليته ، وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحرى عما إذا كان بالغاً سن الرشد أو غير بالغ ، لأن معاملته من الوجهة القانونية هى مع الوكيل الذى لا يخرج عن كونه لسان الموكل ، فإن أساء الوكيل التصرف فيجب على الموكل أن يتحمل تبعة الإساءة لمخاطرته فى الاختيار (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٢ ص ٢٩٢) .

لأنه يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الموكل وفقاً للقواعد المقررة فى نظرية النيابة[١] ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً[٢] .

وإذا كان الوكيل قاصراً أو ناقص الأهلية ، جاز له وحده إبطال عقد الوكالة . فإذا لم يطلب الإبطال وتعاقد مع الغير تنفيذاً للوكالة ، كان تعاقده صحيحاً ونفذ فى حق الموكل[٣] ، دون أن يستطيع الموكل ولا الغير الذى تعاقد معه الوكيل أن يتمسك بإبطال عقد الوكالة . ذلك أن عقد الوكالة إذا كان قابلا للإبطال ، فإنما يكون هذا فى العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فليس للغير الذى تعاقد مع الوكيل أن يبطل العقد ، والقابلية للإبطال تقررت فى الوقت ذاته لمصلحة الوكيل لا لمصلحة الموكل فليس للموكل أن يطلب إبطال الوكالة . وإذا طلب الوكيل إبطال الوكالة وأبطلت ، فإن نيابته المستمدة من الوكالة تبطل . وإذا كان قد تعاقد مع الغير ، جاز لهذا أن يتمسك بالوكالة على اعتبار أنها وكالة ظاهرة وفى الحدود التى يجوز فيها التمسك بهذه الوكالة . وإذا لم يكن قد تعاقد مع الغير ، فلا يجوز له أن يتعاقد بصفته نائباً إذ أن هذه الصفة قد انعدمت بعد إبطال الوكالة ، ولكنه إذا تعاقد مع ذلك وتوافرت شروط الوكالة الظاهرة جاز للغير أن يتمسك بها .

وفى العلاقة ما بين الوكيل والموكل ، إذا أبطل الوكيل الوكالة ، يجوز للموكل أن يرجع على الوكيل بدعوى الإثراء بلا سبب ، كما يجوز أن يرجع عليه بالمسئولية التقصيرية ، ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان فى يد الوكيل مال للموكل وبدده[٤] .

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ .

(٢) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤١٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٥ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٥٣ – جوسران ٢ فقرة ١٤٠٨ – الوسيط ١ فقرة ٨٧ – محمد كامل مرسى فقرة ١٦٢ ص ٢١٢ – محمد على عرفة ص ٣٦٣ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦١ ص ٢٠٢ – وبديهى أنه يشترط فى الوكيل التمييز ، لا فحسب وقت إبرام الوكالة ، بل أيضاً وقت إبرام التصرف القانونى محل الوكالة .

(٣) كما لو كان الوكيل كامل الأهلية ، ولكن لا يجوز للموكل أن يرجع عليه بالتعويض إذا كان لم يحسن تنفيذ الوكالة ، إذ الموكل قد ارتضاه وكيلا وهو يعلم أنه ناقص الأهلية محدود الاختبار ، فيتحمل نتائج اختياره (محمد على عرفة ص ٣٦٤) .

(٤) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤١٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٤٥ ص ٨٧٥ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة =

= ٣٠٢٦ – كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٣٥٣ – جوسران ٢ فقرة ١٤٠٨ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٦٥ – الوسيط ١ فقرة ٨٧ – محمد على عرفة ص ٣٦٤ .

هذا ونحن فى كلامنا فى أهلية الموكل وأهلية الوكيل إنما نردد ما أجمع عليه الفقه والقضاء فى هذه المسألة . ولكن الأمر فى حاجة إلى إنعام النظر . ويبدو أن هناك خلطاً بين الوكالة من حيث إنها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكيل ، والوكالة من حيث إنها عقد يضفى على الوكيل صفة النيابة عن الموكل فيستطيع التعاقد بهذه الصفة مع الغير .

فالوكالة من حيث إنها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكيل تقتضى التفصيل الآتى : لما كان الموكل يلتزم برد نفقات الوكالة وبتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها وبالأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وجب أن تكون أهلية الموكل هى أهلية التصرف حتى تترتب فى ذمته هذه الالتزامات . ويجب أن تتوافر فيه دائماً أهلية التصرف حتى لو كانت الوكالة غير مأجورة ، وذلك حتى يترتب فى ذمته الالتزامان الآخران وهما رد نفقات الوكالة وتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها ، ولا يعترض على ذلك بأن هذين الالتزامين لا يوجدان إذا لم تكن هناك نفقات ولا ضرر ، إذ يكفى احتمال قيام هذين الالتزامين حتى تجب الأهلية اللازمة لعقدهما وهى أهلية التصرف . هذا من ناحية الموكل ، أما من ناحية الوكيل فإنه يلتزم بتنفيذ الوكالة وبتقديم حساب عنها وبرد ما للموكل عنده ، وهذه أعمال تدخل كلها فى نطاق أعمال التصرف ، أو فى القليل هى أعمال تدور بين النفع والضرر ، فتستوجب أهلية التصرف . ونرى من ذلك أن الوكالة ، من حيث إنها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكيل ، تستوجب أهلية التصرف فى كل منهما . فإذا كان الموكل قاصراً ، جاز له أن يطلب إبطال الوكالة ، فيتحلل من التزاماته ولا يكون مسئولا إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . وكذلك إذا كان الوكيل قاصراً ، فإنه يجوز له أيضاً إبطال الوكالة ، ولا يكون مسئولا قبل الموكل إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . غير أنه إذا كان أحد المتعاقدين قاصراً ولم يطلب إبطال الوكالة ، فإنها تبقى قائمة منتجة لآثارها ، بل وتضفى على الوكيل صفة النيابة عن الموكل إذا توافرت فى المتعاقدين أهلية الوكالة من حيث إنها عقد يضفى على الوكيل صفة النيابة .

والأهلية فى الوكالة ، من حيث إنها عقد يضفى على الوكيل صفة النيابة ، تختلف عن الأهلية التى سبق بيانها . فالموكل يجب أن يكون أهلا للتصرف القانونى محل الوكالة ، أما الوكيل فلا تشترط فيه هذه الأهلية لأن هذا التصرف لا ينصرف أثره إليه ، ويكفى أن يكون مميزاً . فإذا وكل قاصر شخصاً بلغ سن الرشد فى إيجار منزله ، كانت الوكالة من حيث إنها عقد يرتب التزاماته فى ذمة الموكل نحو الوكيل قابلة للإبطال لأن الموكل قاصر ، ولكن الوكالة فى الوقت ذاته تنتج أثرها من حيث إنها تضفى صفة النيابة على الوكيل ، فلو أن الموكل لم يطلب إبطال الوكالة وأجر الوكيل المنزل ، كان الإيجار صحيحاً . وإذا وكل قاصر وكيلا بلغ سن الرشد فى بيع منزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال فى علاقة الموكل بالوكيل ، وكان البيع الذى عقده الوكيل هو أيضاً قابلا للإبطال فى علاقة الموكل بالمشترى . وإذا وكل شخص بلغ سن الرشد قاصراً فى بيع منزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال فى علاقة الوكيل بالموكل ، ولكنها تنتج أثرها من حيث إضفاء صفة النيابة على الوكيل . فإذا لم يطلب الوكيل إبطال الوكالة وعقد البيع مع مشتر ، كان البيع صحيحاً فى علاقة الموكل بالمشترى .

ونقل هنا ما كتبه الأستاذ أكثم أمين الخولى فى هذا الصدد ، وهو فى أكثره يتفق مع ما قدمناه : « وإذا كان تطبيق القواعد العامة على النحو السابق صحيحاً فى عمومه ، فإن فيه خلطاً واضحاً بين الأهلية اللازمة لصحة الوكالة كعقد بين الوكيل والموكل والأهلية اللازمة لإنتاج الوكالة النيابية أثرها فيما بين الموكل والغير . والواقع أنه لا تلازم مطلقاً بين قواعد الأهلية فى الحالتين ، وذلك على التفصيل الآتى : أما عن الوكالة كعقد بين طرفيه فتختلف الأهلية اللازمة لصحته بالنسبة لكل من طرفيه . أما الموكل فأهليته لعقد الوكالة التفضلية هى أهلية التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، أما إذا كانت الوكالة بأجر فيجب أن تتوفر فيه أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . أما الوكيل فأهليته اللازمة لصحة الوكالة هى الأهلية الكاملة ، لأن الوكالة بالنسبة له — سواء كانت تفضلية أو مأجورة — تعتبر على أدنى الفروض من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فإذا لم تثبت الأهلية لأى من الطرفين على هذا التفصيل ، كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحته . أما عن الأهلية اللازمة لكى ترتب الوكالة النيابية أثرها فيما بين الموكل والغير ، فهى بالنسبة للموكل أهلية مباشرة التصرف موضوع الوكالة بنفسه ، وبالنسبة للوكيل أهلية التمييز . إذا توافرت هذه الشروط رتبت الوكالة آثار النيابة فيما بين الموكل والغير ، ولو كان عقد الوكالة قابلا للإبطال إما لانعدام أهلية الموكل بالنسبة لاشتراط الأجر ، وإما لأن الوكيل لا تتوافر له الأهلية الكاملة لو كان قاصراً . وقد تبدو هذه الحلول غريبة ، لأن الأصل أن الوكالة النيابية مصدر النيابة بحيث إذا بطلت الوكالة فلا نيابة ولا رابطة بين الموكل والغير . ولكن ينبغى القول بأن تعاقد الوكيل مع الغير يرتب آثار النيابة متى توفرت الأهلية اللازمة لترتب هذه الآثار ، ولو كانت الوكالة كعلاقة داخلية فيما بين الموكل والوكيل قابلة للإبطال أو تقرر بطلانها وتصفية الروابط فيما بين طرفيها لا على أساس العقد بل على أساس الإثراء بلا سبب » .

ثم يضيف الأستاذ أكثم أمين الخولى الحاشية الآتية : « ليس هناك من الناحية الفنية ما يمنع من تأصيل هذه الحلول عن طريق القول بوجود عقدين متميزين : عقد وكالة ينظم الروابط بين الموكل والوكيل وتشترط فيه أهلية قبول التفضل أو الالتزام بالأجر من جانب الموكل وأهلية تحمل الالتزام التعاقدى من جانب الوكيل ، وعقد نيابة أو عقد صفة تشترط لصحته أهلية القيام بالتصرف موضوع الوكالة من جانب الموكل وأهلية التمييز من جانب الوكيل . وعلى ذلك يتصور أن يبطل عقد الوكالة لنقض أهلية الموكل فى الالتزام بالأجر أو لنقص أهلية الوكيل فى التحمل بالالتزام العقدى ، مع بقاء عقد الصفة صحيحاً منتجاً لآثاره » (أمين أكثم الخولى فقرة ١٦١ وص ٣٠٢ هامش ٢) .

والأستاذ أكثم أمين الخولى ، كما نرى ، يجزئ الوكالة إلى عقدين : عقد وكالة وعقد نيابة أو صفة . ويفصل ما بين العقدين من حيث مصير كل منهما من ناحية الصحة والبطلان . ونفضل عدم تجزئة عقد الوكالة ، إذ هو عقد واحد لا يقبل التجزئة . فإذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية وأبطل الوكالة ، اعتبرت الوكالة كان لم تكن وزالت صفة النيابة عن الوكيل ، وإذا كان هذا قد تعاقد مع الغير فلا يصح هذا التعاقد إلا فى حدود قواعد الوكالة الظاهرة .

أما الاتجاه الحديث السائد فى الفقه الألمانى والفقه الإيطالى ، فإنه لا يجزئ الوكالة إلى عقدين ، بل يميز بين الوكالة والإنابة ، فالوكالة تتم بعقد بين الموكل والوكيل فى حين أن الإنابة تصرف بإرادة منفردة تصدر من الموكل وحده (انظر ما يلى فقرة ٣٠٠ فى الهامش) . وحينئذ يجوز فى هذا الاتجاه القول بأن الموكل ، وهو ينيب الوكيل عنه بإرادته المنفردة فى تصرف قانونى معين ، يجب أن يكون متوافراً على أهلية هذا التصرف القانونى دون أن تشترط هذه الأهلية فى الوكيل .

٢٢٩ — تعاقد الوكيل مع نفسه : ويتصل بأهلية الوكيل أنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، ولكن ذلك لا يرجع إلى الأهلية ، بل يرجع إلى مجاوزة الوكيل لحدود وكالته فلا ينفذ في حق الموكل تعاقده مع نفسه . وقد نصت المادة ٢٠٨ مدنى فى هذا المعنى على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد : كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة »[١] .

فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزله ، دون أن يرخص له فى أن يشتريه لنفسه[٢] ، لم يجز للوكيل أن يشترى المنزل لحسابه الخاص لأنه يكون قد تعاقد مع نفسه وهذا لا يجوز بصريح النص سالف الذكر . وتحريم تعاقد الوكيل مع نفسه يقوم على قرينة قانونية ، هى أن الشخص إذا وكل عنه غيره فى التعاقد ، فهو لا يقصد بذلك أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما فى ذلك من تعارض فى المصالح ، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل . فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً حدود الوكالة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته ، فلا يكون عمله نافذاً فى حق الموكل إلا إذا أقره هذا[٣] .

المطلب الثانى

عيوب الإرادة فى الوكالة

٢٣٠ — تطبيق القواعد العامة — الغلط فى شخص الوكيل أو فى شخص الموكل : يكون الرضاء فى عقد الوكالة معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، شأن الوكالة فى ذلك شأن سائر العقود .

---

(١) انظر أيضاً المواد ٤٧٩ – ٤٨١ مدنى .

(٢) فإذا رخص له فى أن يشتريه لنفسه ، أمكن تحليل العقد بأنه وكالة تحت شرط فاسخ مقترنة بوعد بالبيع ، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢١٢) .

(٣) انظر فى ذلك الوسيط ١ فقرة ٩٧ ص ٢٠٤ – وانظر أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٤٦ .

ومن أبرز التطبيقات لما تقدم وقوع غلط فى شخص الوكيل أو فى شخص الموكل . ذلك أن الوكالة يتغلب فيها الاعتبار الشخصى (intuitu personae) كما قدمنا[١]، فالوكيل لم يرض بالوكالة إلا بعد أن أدخل فى اعتباره شخص الموكل ، وكذلك الموكل لم يرض بالتوكيل إلا بعد أن أدخل فى اعتباره شخص الوكيل .

ويترتب على ذلك أنه إذا وقع غلط فى شخص الوكيل ، كأن اعتقد شخص أنه يوكل شخصاً معيناً فإذا به يوكل شخصاً آخر غير الشخص الذى قصده ، فإن عقد الوكالة يكون قابلا للإبطال للغلط إذا كان الوكيل يعلم بالغلط أو كان فى استطاعته أن يتبينه . وقد يكون للموكل فائدة فى إبطال العقد ، ويؤثر ذلك على عزل الوكيل ، إذ قد يترتب على عزل الوكيل التزامات فى ذمته يستطيع أن يتوقاها إذا هو عمد إلى إبطال الوكالة (انظر ٧١٥ مدنى) .

وكذلك تبطل الوكالة للغلط فى شخص الموكل ، ويجوز للوكيل بدلا من التنحى عن الوكالة أن يبطل العقد . ويتوقى بذلك أن يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذى أصابه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول فيما لو تنحى ، كما يتوقى أيضاً ، فى حالة ما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى ، التقيد بها إذا لم توجد أسباب جدية تبرر التنحى وفقاً لأحكام المادة ٧١٦ مدنى[٢] .

٢٣١ — الإكراه الأدبى : وقد يداخل الوكالة إكراه أدبى ، ويتحقق ذلك بوجه خاص فى التوكيل الصادر من الزوجة لزوجها ، وفى التوكيل الصادر من الابن لأبيه[٣]. فإذا أثبتت الزوجة أو الابن أن الوكالة مشوبة بإكراه أدبى ، جاز إبطال الوكالة ، ويتوقى الموكل بالإبطال ما كان يترتب فى ذمته من التزامات لو أنه اقتصر على عزل الوكيل (م ٧١٦ مدنى) .

وإذا كانت الوكالة قابلة للإبطال للإكراه الأدبى أو لأى عيب آخر من عيوب الرضاء ، وتعاقد الوكيل مع ذلك بموجب هذه الوكالة مع شخص

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٠٧ .

(٢) انظر فى الغلط فى الوكالة أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ .

(٣) انظر فى هذا المعنى الوسيط ١ فقرة ١٩٧ .

يجهل ما انطوت عليه من عيب ، فإن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل ولو حصل على حكم بإبطال الوكالة ، وذلك فى حدود تطبيق قواعد الوكالة الظاهرة .

الفرع الثانى

التصرف القانونى محل الوكالة

٢٣٢ — مبحثان : نبحث أولا الشروط الواجب توافرها فى التصرف القانونى محل الوكالة ، ثم نبحث أنواع التصرفات القانونية التى يصح أن تكون محلا للوكالة .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها فى التصرف القانونى محل الوكالة

٢٣٣ — تطبيق القواعد العامة : هذه الشروط ، طبقاً للقواعد العامة ، هى أن يكون التصرف ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعاً (١) .

٢٣٤ — الشرط الأول — التصرف القانونى ممكن : يجب أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة ممكناً ، فإذا كان مستحيلا كان باطلا لأنه لا التزام بمستحيل ، وكانت الوكالة باطلة تبعاً لبطلان التصرف .

ومثل التصرف القانونى المستحيل بيع الوقف فى غير حالات الاستبدال ، فإذا وكل ناظر الوقف شخصاً فى بيع الوقف كانت الوكالة باطلة إذ هى توكيل فى مستحيل . ومثل التصرف القانونى المستحيل أيضاً الطعن بالاستئناف بعد فوات الميعاد والطعن بالنقض فى حكم لا يقبل الطعن فيه بالنقض ، فإذا وكل

---

(١) وتنص المادة ٧٧٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « تكون الوكالة باطلة : أولا — إذا كان موضوعها مستحيلا أو غير معين تعييناً كافياً . ثانياً — إذا كان موضوعها إجراء أعمال مخالفة للنظام العام أو للآداب أو للقوانين » .

وانظر كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٤ — جوسران ٢ فقرة ١٤٠٧ .

الخصم محامياً فى شيء من ذلك كانت الوكالة باطلة لاستحالة التصرف القانونى محل التوكيل[1] .

وقد يكون التصرف القانونى محل الوكالة ممكناً ، ولكن طبيعته لاتقبل التوكيل فيه إذ يكون عملا يقتضى أن يقوم به صاحبه شخصياً . مثل ذلك الحضور أمام القضاء للاستجواب أو لحلف اليمين ، فلا يجوز للخصم أن يوكل غيره فى أن يستجوب مكانه أو فى أن يحلف اليمين بدلا منه[2] ، وتكون الوكالة فى هذا باطلة[3] . وإذا اعتبرنا الشريك فى الشركة يساهم فى إدارتها على وجه

(١) ويصبح التصرف محل الوكالة مستحيلا أيضاً إذا كان هذا التصرف قد تم قبل تنفيذ الوكالة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى اقتراض مبلغ معين من شخص معين ، فاقترض الوكيل المبلغ من المقرض . وقبل أن يعلم الموكل أن المبلغ قد تم اقتراضه ، وكل شخصاً آخر فى اقتراض نفس المبلغ من نفس الشخص ، ولعله استبطأ الشخص الأول ، فالوكالة هنا محلها مستحيل لأن القرض كان قد تم وقت إبرامها ، فتكون باطلة . فإذا اقترض الوكيل الثانى المبلغ مرة ثانية من نفس المقرض ، لم يكن للمقرض – والمفروض أنه عالم بأن الوكالة الثانية محلها هو نفس محل الوكالة الأولى – أن يرجع على الموكل إذا كان الوكيل الثانى معسراً (جيوار فقرة ٦٠ – ترولون فقرة ٢٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٤٤ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٢) .

والتوكيل فى تصرف تم إنجازه قبلا توكيل فى أمر مستحيل استحالة مادية لا استحالة قانونية . ومثل الاستحالة المادية أيضاً أن يوكل شخص شخصاً آخر فى شراء منزل يكون قبل التوكيل قد احترق دون أن يعلم الموكل ذلك (محمد على عرفة ص ٣٦٥) .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « لا تصح الوكالة إذا كان موضوعها إجراء عمل لا يجوز إتمامه بواسطة الغير ، كحلف اليمين » .

(٣) انظر فى الأعمال التى لا تقبل بطبيعتها التوكيل فيها فى فرنسا : بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٤٢ – فقرة ٤٤٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ هامش ١٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٦ (ويذكرون فى الأعمال التى لا تقبل بطبيعتها التوكيل فيها الإمضاء ، فلا يجوز لشخص أن يوكل آخر فى أن يمضى نيابة عنه على أن يكون الإمضاء صادراً من الموكل وباسمه ، ويشيرون إلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ – ١ – ٢٠١ مع تعليق ساڤاتييه وإلى حكم آخر من نفس المحكمة فى ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢ – ١ – ٢٨٨ – على أن الموكل يكون مسئولا نحو الغير حسن النية الذى يجهل أن الإمضاء ليس بخط الموكل ، كما لو كان الإمضاء بخطه ، مادام أن الموكل هو الذى طلب إلى الوكيل كتابة الإمضاء : نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ – ١ – ٢٠١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٨ هامش ١ – ويمكن تخريج ذلك على قواعد الوكالة الظاهرة) . وفى مصر حيث تتعلق صحة الوصية بصدورها مكتوبة بخط الموصى ، لا يجوز التوكيل فى الوصية (أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٢) .

معين عن طريق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها وأوراقها وكل ما يتعلق بأعمالها ، فإن هذا العمل الخاص من أعمال الإدارة شخصى للشريك لا يقبل التوكيل فيه : فلا يجوز للشريك أن يوكل غيره فى ذلك ، حتى لا يتدخل أجنبى فى أعمال الشركة ويطلع على أسرارها[١] .

٣٣٥ — الشرط الثانى — التصرف القانونى معين أو قابل للتعيين :

ويشترط ثانياً أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة معيناً[٢] أو قابلا للتعيين ، وإلا كانت الوكالة باطلة[٣] . فإذا وكل شخص شخصاً آخر ، وجب عليه أن يعين التصرف الذى وكله فيه تعييناً نافياً للجهالة . فيوكله مثلا فى بيع أو رهن أو هبة أو صلح أو إقرار أو تحكيم أو توجيه اليمين . وسنرى أنه إذا كان التصرف محل الوكالة من أعمال التصرف (actes de disposition) وكان من عقود المعاوضة فإنه يكفى لتعيينه ذكر نوعه ، بأن يقال إن التوكيل فى بيع أو رهن أو صلح ، وليس من الضرورى أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص بأن يقال بيع منزل معين أو رهن أرض معينة أو الصلح فى نزاع معين : أما إذا كان التصرف من عقود التبرع ، فلا يكفى فى تعيينه ذكر نوعه ، بل يجب أيضاً تعيين محله ، فلا يصح التوكيل فى هبة دون تعيين الشيء الموهوب ، فيوكل الواهب غيره فى هبة منزل معين أو أرض معينة أو سيارة بالذات[٤] .

وإذا لم يكن التصرف محل الوكالة معيناً ، فيجب على الأقل أن يكون

---

(١) الوسيط ٥ فقرة ٢٠٨ ص ٣١٨ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٤٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٦ ص ٨٩٠ .

(٢) أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٧٨ .

(٣) وتكون الوكالة هنا باطلة بصفة أصلية ، بخلاف بطلانها لاستحالة التصرف أو لعدم مشروعيته فهو بطلان يأتى تبعاً لبطلان التصرف محل الوكالة . والبطلان لعدم تعيين التصرف على النحو الذى تطلبه القانون بطلان مطلق ، فلا تنتج الوكالة أثراً لا من ناحية إضفاء صفة النيابة على الوكيل ولا من أية ناحية أخرى . ومن ثم لا يترتب أى التزام لا فى ذمة الموكل ولا فى ذمة الوكيل (انظر عكس ذلك أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٨ ص ٢١١) .

(٤) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن وجوب تعيين التصرف على هذا القدر من التحديد « ضرب من الشكلية البالية » (أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٨ ص ٢١١) . وحتى لو سلمنا بأن التعيين على هذا النحو « شكلية » ، فهى لاشك شكلية نافعة ، يتبين بفضلها الوكيل مدى سلطته فيقف عنده ، ويأمن معها الموكل أن يباغت بتصرف من الوكيل لم يدخل فى حسابه .

قابلا للتعيين . مثل ذلك أن يوكل المالك ناظر زراعته فى إدارة الزراعة ، دون أن يعين على وجه التحديد التصرفات القانونية محل التوكيل . ففى هذه الحالة تكون هذه التصرفات قابلة للتعيين ، فهى كل تصرف يتعلق بإدارة الزراعة ، كإيجار الأرض وأعمال الحفظ والصيانة وشراء البذر والسماد ومبيدات الحشرات ونحوها واستئجار عمال الزراعة والآلات الزراعية وبيع المحصول واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . وتطبيقاً لذلك قضت المادة ٧٠١ مدنى بأن الوكالة الواردة فى ألفاظ لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، ويدخل فيها الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ، ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى .

٢٣٦ — الشرط الثالث — التصرف القانونى مشروع : ويشترط أخيراً أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة مشروعاً . فإذا كان التصرف غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب أو القانون ، كان باطلا ، وكانت الوكالة فيه أيضاً باطلة[1] .

فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى شراء مخدرات أو أسلحة ممنوعة أو فى إيجار منزل للدعارة أو للمقامرة أو فى قبض رشوة أو إعطائها أو فى الاتفاق مع شخص لارتكاب جريمة أو فى الاتفاق مع امرأة على معاشرة غير مشروعة ، أو وكل فى غير ذلك من التصرفات المخالفة للنظام العام أو الآداب أو القانون ، فإن الوكالة تكون باطلة تبعاً لبطلان التصرف محل الوكالة[2] .

---

(١) استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٢٩٢ — استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ .

(٢) وإذا وكل المدين دائنه فى أن يبيع المال المرهون عند حلول الدين دون اتباع الإجراءات التى فرضها القانون ، ليستوفى حقه من ثمنه ، كانت الوكالة باطلة لمخالفتها لأحكام القانون . (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٧٤) .

وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى أن يراهن أو فى أن يقامر نيابة عنه ، كانت الوكالة باطلة ، لأن كل اتفاق خاص برهان أو مقامرة باطل لعدم المشروعية (م٧٣٩ مدنى) فالتوكيل فى الرهان أو المقامرة يكون باطلا أيضاً . على أنه يستثنى الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية ومارخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ مدنى)[(١)]، فهذه عقود صحيحة ، وتكون الوكالة فيها صحيحة أيضاً[(٢)]. وتكون صحيحة أيضاً الوكالة فى قبض دين القمار ، ويلتزم الوكيل بقبض الدين على أن يؤدى حساباً للموكل فيسلمه ما قبضه ، ذلك أن قبض الدين منفصلا عن القمار مشروع فتكون الوكالة فيه مشروعة[(٣)] . أما إذا كانت الوكالة فى لعب القمار وفى قبض دينه أو دفعه ، فالوكالة باطلة فى كل ذلك ، لأن الوكالة فى قبض دين القمار أو دفعه تصبح فى هذه الحالة تابعة للوكالة فى لعب القمار وتكون باطلة تبعاً لها ، ويستطيع الموكل إذا خسر الوكيل فى القمار أن يرفض دفع الدين له لدفعه لمن كسب ، كما لا يستطيع إذا كسب الوكيل فى القمار أن يطالبه بتسليم ما كسبه[(٤)] .

---

(١) فإذا كانت أوراق النصيب غير مرخص فيها فكل من شرائها وبيعها يكون باطلا ، والوكالة فى الشراء أو فى البيع تكون أيضاً باطلة . ولكن إذا تسلم الوكيل ورقة نصيب لبيعها وقبل البيع كسبت ورقة جائزة ، فليس للوكيل أن يحتفظ بهذه الجائزة (جرينوبل ٢٦ يوليه سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩ – ٢ – ٣٣١ – ١٤ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ – ٢ – ١٦٥ – نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٣٦٨) . كذلك إذا اشترى الوكيل لحساب موكله ورقة نصيب فكسبت جائزة ، لم يكن للوكيل أن يحتفظ بالجائزة (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ ص ٨٩٤) .

(٢) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٤٥ – فقرة ٤٤٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ – أما التوكيل فى مضاربات البورصة غير المشروعة فيكون هو أيضاً غير مشروع (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣) .

(٣) ترولون فقرة ٦٩ – فقرة ٧١ – بون ١ فقرة ٦٥٠ – جيوار فى عقود الغرر فقرة ٤٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٤٧ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ .

(٤) ترولون فقرة ٧٣ – فقرة ٧٤ – بون ١ فقرة ٦٥٠ – جيوار فى عقود الغرر فقرة ٤٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٤٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨ – نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥ – ١ – ٢٧٧ – ٢٤ يونيه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ – ١ – ٣٥ – وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى لعب القمار وفى قبض ما يكسبه ، كانت الوكالة باطلة فى اللعب وفى القبض كما قدمنا ، حتى لو أجاز الموكل الوكالة بعد ظهور نتيجة اللعب فإن الإجازة لا ترد على العقد الباطل (نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٨٤٥ داللوز ٤٥ – ١ – =

وإذا كان تصرف قانونى محظوراً على شخص فلايجوز له أن يوكل فيه غيره ، فما لا يستطيع أن يقوم به بنفسه لايستطيع أن يوكل فيه . فلو أن شخصاً كان موكلا فى بيع منزل لآخر ، فإنه لايستطيع كما قدمنا[1] أن يشتريه لنفسه ، وكذلك لا يستطيع أن يوكل غيره فى شرائه له[2] . ويرجع ذلك ، لا إلى أن الوكالة الثانية غير مشروعة ، بل يرجع إلى أن الوكيل فى البيع ، بشرائه ما وكل ببيعه أوبتوكيله من يشتريه له ، يكون قد جاوز حدود الوكالة الصادرة إليه ، وقد سبق بيان ذلك[3] .

والتوكيل فى الخصومة جائز ، إذ هو توكيل فى أمر مشروع [4] . ولكن

= ١٠١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٥٨) . ولكن إذا أعطى الموكل الوكيل ، بعد ظهور نتيجة اللعب ، وكالة جديدة – لا مجرد إجازة للوكالة القديمة – فى قبض ما كسبه فى اللعب ، كانت الوكالة صحيحة ، إذ تقدم أن التوكيل فى قبض دين القمار صحيح ، ولا يؤثر فى صحته أن يكون الوكيل فى القبض هو نفس الوكيل فى اللعب مادامت الوكالتان منفصلتين إحداهما عن الأخرى (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٨ ص ٢٣٧ – وانظر عكس ذلك وأن الوكالة فى القبض الصادرة لنفس الوكيل فى اللعب تكون باطلة ولو انفصلت الوكالتان إحداهما عن الأخرى : بون ١ فقرة ٦٥٠ – جيوار فى عقود الغرر فقرة ٤٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٤٤٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ – أما إذا كان التصرف القانونى محظوراً على شخص الوكيل ، كعامل القضاء الذى لا يجوز له شراء الحق المتنازع فيه إذا كان نظر النزاع يدخل فى اختصاصه (م ٤٧١ مدنى) ، فذلك لا يمنعه من أن يكون وكيلا عن الغير فى شراء الحق لهذا الغير (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١١ ص ٢١١ هامش ١٤ – محمد على عرفة ص ٣٦٥ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٢) . ولكن لا يجوز لعامل القضاء أن يوكل غيره فى شراء الحق المتنازع فيه (محمد على عرفة ص ٣٦٥) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن قاعدة « لا يجوز لأحد فى فرنسا أن يترافع بوكيل عنه ما عدا الملك » قاعدة فرنسية لا أصل لها فى القوانين المصرية ، وليست من القواعد الطبيعية العامة الواجب حتماً الأخذ بها ، ولا نص فى القانون يحتم رفع الدعوى من المدعى شخصياً ، إذ المادة ٣٣ من قانون المرافعات (القديم) ليس فيها ما يوجب ذلك ، وأجمعت القواعد العامة والمواد ٥١٦ و٥٢٣ مدنى (قديم) و٨١ تجارى على جواز التوكيل فى كل عمل جائز قانوناً ، وأن الوكيل فى عمل يجوز له إجراؤه باسمه أو باسم الموكل . ولما كان رفع الدعاوى أمام المحاكم من الأمور الجائزة قانوناً ، جاز للوكيل فى الخصومة مادام توكيله ثابتاً أن يقدم الدعوى باسمه (استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٤) – وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه يجوز للوكيل رفع الدعوى باسمه إذا كان مأذوناً فى ذلك طبقاً للمادة ٣٣ من قانون =

نصوصاً قانونية حددت من يجوز توكيله فى الحضور أمام القضاء ، فتوكيل غير من حددته هذه النصوص يكون غير جائز لمخالفته للقانون . وقد نصت المادة ٨١ من تقنين المرافعات على أنه « فى اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين بمقتضى توكيل خاص أوعام ، وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة » . فالتوكيل فى الحضور أمام القضاء إذن لا يكون إلا لمحام[1] ، ولايجوز توكيل غير المحامى إلا إذا كان قريباً أوصهراً للخصم إلى الدرجة الثالثة[2]. ومع ذلك فحتى الأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة لا يجوز توكيلهم إذاكانوا موظفين بالمحاكم ، فقد نصت المادة ٩٠ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز لأحد قضاة المحاكم ولا للنائب العام ولا لأحد من وكلائه ولا لأحد من الموظفين بالمحاكم أن يكون وكيلا عن الخصوم فى

= المرافعات (القديم) بشرط أن يذكر اسم الموكل فى الإعلان (الإسكندرية الوطنية ١٠ سبتمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٨ ص ٦٥) – وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الأصل أن كل الأعمال القانونية الجائزة يصح إجراؤها بوكيل ، وليس فى القوانين المصرية ما يقابل القاعدة الفرنسية القائلة بأنه لا يجوز لأحد أن يترافع بوكيل عنه ما عدا الملك ، ولما كانت هذه القاعدة ليست من القواعد الطبيعية العامة التى تتفق وأحكام القانون ، وكان قانون المرافعات خالياً مما يوجب ذلك ، وكان رفع الدعوى أمام المحاكم من الأمور الجائزة قانوناً ، فإنه لا تثريب على الوكيل إذا ما أقام الدعوى باسمه طالما أنه موكل بالحقوق ، ومن ثم لا يكون فى إقامة المدعية بالحقوق المدنية لهذه الدعوى بصفتها وكيلة خاصة عن أبنائها البلغ ما يخالف القانون (مصر الوطنية جنح مستأنفة ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٧ رقم ٣٤٣ ص ٧٣٥) – وقضى بأن الوكالة فى الخصومة تقتضى توكيلا خاصاً ، وليس من الضرورى أن يكون فى قضية بالذات بل يصح أن يكون توكيلا عاماً فى جميع القضايا (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٦) .

(١) وعلى ذلك يجوز للخصم أن يوكل فى الخصومة غير المحامى ، ولكن الوكيل فى الخصومة لا يجوز له الحضور بنفسه أمام القضاء بل يجب أن يوكل عنه محامياً فى ذلك ، ما لم يكن قريباً أو صهراً للخصم إلى الدرجة الثالثة فعندئذ يجوز له الحضور بنفسه أمام القضاء نيابة عن موكله دون حاجة إلى أن يوكل عنه محامياً ، شأنه فى ذلك شأن الخصم الموكل إذا حضر بنفسه أمام القضاء .

(٢) فيجوز توكيل الزوج والزوجة ، والأب والأم ، والجد والجدة ، والابن والبنت ، والحفيد والحفيدة ، والأخ والأخت ، وابن الأخ وابن الأخت ، والعم والعمة ، والخال والخالة ، وزوج البنت وزوج الأخت وزوج العمة وزوج الخالة ، وزوجة الابن وزوجة الأخ وزوجة العم وزوجة الخال . ولا يجوز توكيل ابن العم وابن الخال ، وزوج بنت العم وزوج بنت الخال .

الحضور أو المرافعة ، سواء أكان بالمشافهة أم بالكتابة أم بالإفتاء ، ولو كانت الدعوى مقامة أمام محكمة غير المحكمة التابع هو لها . ولكن يجوز لهم ذلك عمن يمثلونهم قانوناً وزوجاتهم وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية » . وقد تأيدت هذه النصوص بما ورد فى قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من هذا القانون على أن « للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم ، وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين فى أن ينيبوا عنهم فى المرافعة أمامها أزواجهم أو أصهارهم أو أشخاصاً من ذوى قرباهم لغاية الدرجة الثالثة »[1] .

---

(١) وتضيف الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة والسادسة والسابعة من المادة ٢٥ من قانون المحاماة ما يحتم تدخل المحامى فى الخصومة والعقود ولو مع وجود الخصم نفسه ، وذلك على التفصيل الآتى : « ولا يجوز أن يحضر عن الخصوم أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا أو يقدم إليها طلبات إلا المحامون المقررون للمرافعة أمامها ، ولا يجوز تقديم صحف الاستئناف أمام أية محكمة إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها . كما لا يجوز تقديم صحف الدعاوى للمحاكم الابتدائية والإدارية أو طلبات الأداء إلى المحاكم الجزئية إلا إذا كانت موقعاً عليها من أحد المحامين المقررين أمامها ، وذلك متى بلغت أو جاوزت قيمة الدعوى أو أمر الأداء نصاب الاستئناف . ومع ذلك فلا ضرورة لتوقيع محام إذا كانت الدعوى مرفوعة ضد أحد المحامين ولم يصدر من النقابة الإذن المنوه عنه فى المادة ٣١ ، أو إذا كان المستأنف نفسه أو رافع الدعوى محامياً غير مشتغل . ولا يجوز تسجيل عقود الشركات التجارية التى تزيد قيمتها عن ١٥٠٠ جنيه ، كما لا يجوز تقديم العقود العرفية أو الرسمية أمام مكاتب الشهر العقارى أو التوثيق إذا كانت تزيد قيمتها على هذا المبلغ ، إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمام المحاكم الجزئية على الأقل » . وقد قضت محكمة النقض بأن المنع الوارد فى النص المتقدم ذكره (م ٢٤ من قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ وتقابل م ٢٥ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧) يتناول الخصوم أنفسهم كما يتناول المحامين غير المقبولين أمام المحكمة التى يرفع إليها الطعن (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٧ ص ٦٠٠) ، وبأن عدم توقيع صحيفة الاستئناف من محام مقرر أمام محاكم الاستئناف يترتب عليه حتماً عدم قبولها (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣١ ص ٦٤٩ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٢ ص ٦٦١ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٣ ص ١٧٢) ، وبأن الدفع بانعدام توكيل المحامى أمام محكمة النقض يجب أن يبدى فى تقرير الطعن أو فى مذكرة النيابة وذلك قبل المرافعة (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥ ص ٩٧) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون المحاماة على ما يأتى : « ويجوز للمحامين المقررين فى دول الجامعة العربية المرافعة أمام المحاكم فى الدرجة المقابلة للدرجة المقررين للمرافعة فيها فى بلدهم ، وذلك فى قضية معينة بإذن خاص من مجلس نقابة المحامين بالاشتراك مع محام مصرى مقرر وبشرط المعاملة بالمثل » .

٢٣٧ — ما يترتب على بطلان الوكالة التى لم تتوافر فيها الشروط: قدمنا أن الوكالة لا تجوز إلا فى تصرف ممكن ومعين أوقابل للتعيين ومشروع ، فإذا كانت الوكالة فى تصرف مستحيل أوغير معين أوغير مشروع كانت باطلة . ويترتب على البطلان أن تعتبر الوكالة كأن لم تكن ، وأن كلا من المتعاقدين يستطيع أن يتمسك بالبطلان .

فإذا لم ينفذ الوكيل الوكالة الباطلة ، لم يستطع الموكل أن يطالبه بتنفيذها ، كما لا يستطيع الوكيل أن يطالب الموكل بالتزامه بدفع الأجر إذا كان هناك اتفاق على أجر[1] . وإذا كان الموكل قد دفع للوكيل أجراً أوقدم له نقوداً ينفذ بها الوكالة ، جاز له أن يسترد منه ما دفعه حتى لو كانت الوكالة غير مشروعة . وقد قدمنا فى النظرية العامة للعقد أن الاسترداد جائز حتى فى العقود غير المشروعة ، وأن القاعدة الرومانية القديمة (Neno auditur propriam turpitudenem allegans) لم يأخذ بها التقنين المدنى الجديد[2] .

وإذا نفذ الوكيل الوكالة — والمفروض أنها وكالة غير مشروعة لأنها دون الوكالة المستحيلة والوكالة غير المعينة هى القابلة للتنفيذ — بقيت الوكالة باطلة بالرغم من تنفيذها . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى مقامرة وفى قبض أودفع ما يكسبه أويخسره ، وقامر الوكيل فكسب أو خسر ، لم يكن للموكل أن يطالب الوكيل بالمكسب ، كما لا يكون للوكيل أن يطالب الموكل بالخسارة[3] .

= وتنص المادة ٢٦ من قانون المحاماة على أن « يقبل للمرافعة أمام المحاكم ، عن مصالح الحكومة أو الهيئات العامة أو وزارة الأوقاف أو المؤسسات العامة والهيئات التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل بعد أخذ رأى لجنة قبول المحامين ، محامو أقلام قضايا هذه الجهات الحاصلون على شهادة الليسانس أو ما يعادلها أو أحد المحامين . ويجب أن يكون التوكيل الصادر من هذه المصالح أو الهيئات العامة إلى أحد المحامين موقعاً من رئيس المصلحة أو الهيئة ومبصوماً بخاتمها وأن يكون التوكيل الصادر من البنوك والمؤسسات المذكورة موقعاً ممن يمثلها قانوناً ومصدقاعلى إمضائه» .

هذا والتوكيل فى الحضور أمام القضاء جائز حتى لو كان ذلك فى قضية سببها غير مشروع ، وللمحامى أن يرجع على موكله بأتعابه فى هذه الحالة ، ولا يحتج عليه بأن السبب غير مشروع (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٥١) ، حتى لو كان الحكم قد صدر بعدم المشروعية (محمد على عرفة ص ٣٦٦) .

(١) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٥٣ — فقرة ٤٥٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٣٣٨ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٥٤ — فقرة ٤٥٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ — وانظر آنفاً فقرة ٢٣٥ .

وفيما بين الوكيل ومن قامر معه لايستطيع الأول أن يجبر الثانى على دفع المكسب ، ولايستطيع الثانى أن يجبر الأول على دفع الخسارة . وإذا دفع أحدهما للآخر ما خسره ، كان له أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (م٧٣٩ مدنى)[١] . وإذا كان الموكل قد اتفق مع الوكيل على أجر ونفذ الوكيل الوكالة ، فإن هذا لا يستطيع أن يطالب الموكل بالأجر ، وإذا كان قد تقاضاه أوتقاضى مبلغاً آخر من الموكل للمقامرة به وجب عليه رد ما تقاضاه[٢] .

المبحث الثانى

أنواع التصرفات القانونية التى يصح أن تكون محلا للوكالة

٢٣٨ — التصرفات القانونية التى تكون محلا للوكالة : قدمنا أن محل الوكالة يجب أن يكون تصرفاً قانونياً . وأى تصرف قانونى ، إذا توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، يصح أن يكون محلا للوكالة . فقد يكون عقداً كالبيع والإيجار ، وقد يكون إرادة منفردة كالوصية وتطهير العقار المرهون ، وقد يكون إجراء قضائياً تابعاً لتصرف قانونى هو إبداء الطلبات أمام القضاء

---

(١) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٥٨ ص ٢٤٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٢ نوفبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٤٦٩ — ٢٢ مايو سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٧—١—٤٩ — ٩ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٤٥٥ — وإذا استولى الوكيل بموجب وكالة غير مشروعة على مبالغ للموكل واستعملها لمصلحة نفسه ، فإنه يعتبر مبدداً (نقض فرنسى ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٢٨٥ — وانظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١) — على أنه إذا كان الوكيل يجهل عدم مشروعية الوكالة ، ونفذها معتقداً أنها مشروعة ، فله أن يرجع بأجره وبالمصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة على الموكل كما لو كانت الوكالة مشروعة . والمفروض أن الوكيل حسن النية لا يعلم عدم مشروعية الوكالة ، والموكل هو الذى يحمل عبء إثبات علم الوكيل بعدم المشروعية (نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٥ — ١ — ٢٥١ — ٦ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٨ — ١ — ٢٠٧ — ترولون فقرة ٣٤ — پون ١ فقرة ٨١٦ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٤٥٨ ص ٢٤٠ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٥٧ ص ٨٩١ — محمد على عرفة ص ٣٦٦) .

نيابة عن الموكل كالإقرار وتوجيه اليمين . وقد يستتبع التصرف القانونى القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به ، كالبيع يستتبع التصديق على الإمضاء والتسجيل.

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ويلاحظ فى التعريف أن المادة ٩٧٢ من المشروع نصت صراحة على أن الوكيل يلتزم بأن يقوم بعمل قانونى ، فيصح التوكيل فى البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفى سائر العقود الأخرى . كما يصح التوكيل فى الوصية وفى قبولها وفى قبول الاشتراط لمصلحة الغير وفى تطهير العقار المرهون ، وكل هذه أعمال قانونية منفردة . وكذلك يجوز التوكيل فى الإدلاء باعتراف وفى توجيه اليمين وفى الدفاع أمام القضاء ، وهذه كلها إجراءات قضائية تابعة لعمل قانونى هو إبداء الطلبات أمام القضاء نيابة عن الموكل (acte de conclure) . ويلاحظ أن القيام بعمل قانونى قد يستتبع القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له . أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحض عملا مادياً ، فالعقد لا يكون وكالة بل يكون عقد عمل (اقرأ مقاولة) ، فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلا »(١) .

٢٣٩ — مدى سعة الوكالة : وإذا تعين التصرف القانونى محل الوكالة ، فإن حرية العمل التى يتركها الموكل للوكيل فى تنفيذ الوكالة تضيق وتتسع تبعاً لما يتفق عليه الطرفان . فقد يصل الموكل فى تقييد حرية الوكيل إلى حد أن يحرمه من كل تقدير ، ولا يبقى للوكيل إلا أن ينفذ تنفيذاً حرفياً تعليمات الموكل . ويكون الوكيل فى هذه الحالة أقرب إلى أن يكون رسولا (messager) تنحصر مهمته فى أن ينقل إرادة الموكل إلى الغير وينقل إرادة الغير إلى الموكل . فتكون الإرادة هى إرادة الموكل لا إرادة الوكيل ، ولا يكون التعاقد هنا بوكيل بل يكون تعاقداً مباشراً يعمل فيه المتعاقد الأصيل بنفسه كما يتعاقد بكتاب أو ببرقية أو بالتلفون . ويعتبر فى حكم الرسول لا فى حكم الوكيل كل من يعهد إليه بعمل لا يدع له أى مجال للتصرف ، كموزع التذاكر على الجمهور

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٠ — ص ١٩١ .

لدخول المحال العامة أو لاستعمال وسائل النقل من سكة حديدية وترام وأوتوبيس وما إلى ذلك[١].

ولكن بمجرد أن يملك الوسيط شيئاً مهما قل من حرية التصرف ، ولو للتثبت من توافر شروط معينة فرضها الموكل للتعاقد ، بحيث يعبر الوسيط عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإن الوسيط يبدأ فى هذه الحالة أن يكون وكيلا[٢]. وقد تتسع حرية الوكيل ولكن إلى حد محدود ، فتفرض عليه الوكالة بأن يقوم بتصرف أوبتصرفات معينة طبقاً لتعليمات مفصلة ؛ بل قد يفرض عليه الموكل الرجوع إليه فى بعض التصرفات ليعتمدها ، كما يقع غالباً فى شأن الممثلين التجاريين والجوابين والطوافين ووكلاء شركات التأمين[٣] . وقد تتسع حرية الوكيل إلى حد كبير فيترك له الموكل تقدير ما يقوم به من تصرفات قانونية وما يأخذ منها وما يدع ، وفيما يأخذ منها على أى شروط يتعاقد ومن يختار للتعاقد معه[٤] .

وسواء كان مدى حرية الوكيل ضيقاً أوواسعاً ، فإن الوكالة ، من ناحية التصرفات القانونية التى تكون محلا لها ، تنقسم إلى قسمين رئيسيين : وكالة عامة ووكالة خاصة .

٢٤٠ — الوكالة العامة — نص قانونى : تنص المادة ٧٠١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة » .

« ٢ — ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل

---

(١) بيدان ١٢ فقرة ٢٨٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٤ — فقرة ١٥ — وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٩٨ هامش ٧ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ ص ٨٩٦ هامش ٢ .

(٣) بوردو ٢٦ أبريل سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٨ — ٢ — ٢٩٧ — باريس ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥ — ٢ — ١١٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٠ ص ٨٩٦ .

(٤) وقد نصت المادة ٩٣٢ مدنى عراقى على أنه « يصح تفويض الرأى للوكيل فيما وكل به كيف شاء ، ويصح تقييده بتصرف مخصوص » .

من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ، كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله »[1] .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن الوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة ، فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانونى المعهود به للوكيل ، بل ولا يعين نوع هذا التصرف القانونى ذاته . فيقول الموكل للوكيل مثلا : وكلتك فى إدارة أعمالى ، أو وكلتك فى إدارة مزرعتى أو متجرى ، أو وكلتك عنى عنى فى جميع أعمالى ، أو وكلتك فى مباشرة جميع ما تراه صالحاً لى ، أو جعلتك وكيلا مفوضاً عنى ، أو نحو ذلك من العبارات التى تشير إلى الإدارة أو لا تشير إليها ولكنها حتى لو أشارت إلى الإدارة تكون فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها .

وسواء أشارت الوكالة العامة إلى الإدارة أو لم تشر ، فإنها لا تخول الوكيل

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وصار رقمه ٧٣٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٣ – ص ١٩٥) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم م ٥١٥ فقرة ٦٣١/٣ : « وأما التوكيل العام فلا يترتب عليه إلا التفويض للوكيل فى الأعمال المتعلقة بالإدارة » . (والتقنين المدنى القديم يتفق فى أحكامه مع التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣١ : يصح تخصيص الوكالة بتخصص الموكل به ، وتعميمها بتعميمه . فمن وكل غيره توكيلا مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة فى كل حق ، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين الأول ، على خلاف التقنين الثانى ، يجعل التوكيل العام المطلق شاملا لجميع أعمال الإدارة ولجميع أعمال التصرف ولو كانت تبرعية ، فلا يقتصر التوكيل العام كما قصره التقنين المصرى على أعمال الإدارة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٦ : يجوز أن تكون الوكالة عامة أو خاصة .

م ١/٧٧٨ : إن الوكالة العامة بإدارة شؤون الموكل لا تجيز للوكيل سوى القيام بالأعمال الإدارية . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

صفة إلا فى أعمال الإدارة[١] . فلا يجوز للوكيل أن يقوم بأى عمل من أعمال التصرف ، تبرعاً كان أومعاوضة ، إلا إذا كان هذا التصرف تقتضيه أعمال الإدارة كما سيأتى . ومن ثم لا يجوز للوكيل وكالة عامة أن يهب مال الموكل لاكله ولا بعضه ، ولا أن يبيع أى مال للموكل ، أو يشارك به ، أويقرضه ، أو يصالح عليه ، أو يحكم فيه ، أو يرهنه ، أو يرتب عليه أى حق عينى أصلياً[٢] كان هذا الحق أو تبعياً .

ولكن الوكالة العامة تخول الوكيل الصفة فى القيام بجميع أعمال الإدارة . وهذا لا يمنع بداهة الموكل من أن يقصر التوكيل على بعض أعمال الإدارة دون بعض أو أن يقصرها على عمل معين بالذات من أعمال الإدارة ، ولكن الوكالة فى هذه الحالة تكون وكالة خاصة لا عامة وتقتصر على أعمال الإدارة المحددة الواردة فيها دون غيرها . أما إذا وردت الوكالة عامة ، فإنها تشمل جميع أعمال الإدارة دون تفريق بين عمل وعمل كما قدمنا . وهذا بخلاف أعمال التصرف فإنه لايصح أن ترد فيها الوكالة عامة ، بل لابد من تخصيص نوع التصرف محل الوكالة على الأقل ، وسيأتى بيان ذلك[٣] .

وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدنى سالفة الذكر طائفة من أعمال الإدارة التى تشملها الوكالة العامة ، ولكن هذه الأعمال لم ترد على سبيل الحصر بل ذكرت على أنها من أبرز أعمال الإدارة . وأول هذه الأعمال هو الإيجار لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات[٤] . وليس معنى ذلك أن الإيجار لمدة تزيد على ثلاث سنوات ليس من أعمال الإدارة ، بل هو من أعمالها ولكن لا تشمله الوكالة العامة ولابد فيه من توكيل خاص . والاستئجار وإن كان من أعمال التصرف[٥] تشمله الوكالة العامة إذا اقتضته أعمال الإدارة ،

---

(١) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) فلا يجوز أن يرتب حق ارتفاق أوينزل عن حق ارتفاق (جيوار فقرة ٩٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٢٢) .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٢٤٠ .

(٤) وقد جرى القضاء على ذلك فى عهد التقنين المدنى القديم (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨٥) .

(٥) وقد يكون من أعمال الإدارة على التفصيل الذى قدمناه فى عقد الإيجار (الوسيط ٦ فقرة ٨٧) ، وعند ذلك تشمله الوكالة العامة .

كاستئجار الآلات الزراعية واستئجار السيارات ووسائل النقل الأخرى لنقل البضائع . وذكر النص بعد ذلك أعمال الحفظ والصيانة ، فتشمل الوكالة العامة العقود التي يبرمها الوكيل مع المقاولين للقيام بأعمال الترميمات البسيطة والجسيمة سواء كانت مستعجلة أوغير مستعجلة ، وللقيام بتشحيم السيارات والآلات الميكانيكية الأخرى وتزييتها وإصلاح ما تلف منها ، والعقود التي يبرمها لإيداع المحصول أو البضائع فى المخازن المعدة لذلك ، واستئجار الأنفار لتنقية المزروعات من الحشرات ، وغير ذلك من أعمال الحفظ والصيانة . ويدخل فى هذه الأعمال أيضاً رفع الدعاوى المستعجلة ، والتأمين من الحوادث ومن الحريق وغير ذلك من ضروب التأمين التي جرى العرف أن تعتبر من أعمال الإدارة اليقظة[1] . ثم ذكر النص استيفاء الحقوق ووفاء الديون . فتشمل الوكالة العامة قبض حقوق الموكل وإعطاء مخالصات بها للمدينين[2] ، وإيداع المقبوض لحساب الموكل ، ويجوز للوكيل أن يقبض الحقوق قبل حلول أجلها دون استنزال شيء منها[3] ، ولكن لا يجوز له أن يؤجل دفعها إلا بتوكيل خاص من الموكل . وتشمل الوكالة العامة كذلك وفاء ديون الموكل[4] ، وتوفى الديون مما يكون بيد الوكيل من أموال للموكل من جنس الدين ولو كان قد حصل عليها بعد الوكالة عن طريق إدارته لأموال الموكل[5] .

---

(١) السين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ١٥٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠١ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٤٦ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٣) استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٩٣ .

(٤) ولكن لا يجوز للوكيل وكالة عامة الوفاء بالتزام طبيعى فى ذمة الموكل ، لأنه لا جبر فى الوفاء بالالتزام الطبيعى (پون ١ فقرة ٩٢٠ – جيوار فقرة ٩٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٣٤) .

(٥) جيوار فقرة ٨٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٣٣ ص ٢٨٥ – بل يجوز له ، إذا لم يكن بيده مال للموكل يوفى منه ما وكل فى دفعه من الدين ، أن يبيع مالا للموكل ليوفى الدين بثمنه (لوران ٢٧ فقرة ٤٢٥ – جيوار فقرة ٨٣ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٢٣ ص ٢٨٠) . وهناك رأى يذهب إلى أبعد من ذلك ، ويجيز بيع الأسهم والسندات والأوراق المالية فى غير سداد الدين إذا كان يخشى من هبوط قيمتها (جيوار فقرة ٨٣ – پون ١ فقرة ٩٢٧ – فقرة ٩٢٨ – محمد على عرفه ص ٣٦٩ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٧ ص ٢٠٩ – استئناف =

وليس ما تقدم هو كل أعمال الإدارة التى يستطيع أن يقوم بها الوكيل وكالة عامة ، فهناك أعمال إدارة أخرى غيرها لم يذكرها النص ويمكن أن يقوم بها الوكيل . من ذلك أنه يستطيع أن يقترض المال اللازم لإدارة أموال الموكل من حفظ وصيانة وإصلاح وترميم ، ولشراء ما يلزم للإدارة من مواش وآلات للزراعة ونحو ذلك[١] ، ولكنه لايستطيع أن يرهن مال الموكل ضماناً للقرض[٢] . ويستطيع الوكيل وكالة عامة أن ينفذ على أموال مدينى موكله لاستخلاص حقوق الموكل ، فيحجز على هذه الأموال حجز منقول أوحجزاً عقارياً أوحجز ما للمدين لدى الغير[٣] . كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة[٤] ، دون دعاوى الملكية ودعاوى القسمة فهذه تقتضى توكيلا خاصاً ، وأن يرفع جميع الدعاوى التى تنشأ من أعمال الإدارة التى يقوم بها[٥]. ويستطيع أن يستوفى حقوق الموكل بمقابل وأن يوفى ديونه بمقابل ، إذا كان الوفاء بمقابل فى مصلحة موكله[٦] ، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق[٧] ،

= مصر ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٦ ص ١٩ – عكس ذلك لوران ٢٧ فقرة ٤٢٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٢٣ ص ٢٨١) .

(١) پون ١ فقرة ٩٢٥ – لوران ٢٧ فقرة ٤٢٠ وفقرة ٤٢٨ – ترولون فقرة ٢٨٥ – فقرة ٢٨٦ – جيوار فقرة ٨٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٢٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ – ص ٩٠١ – محمد على عرفة ص ٣٦٩) .

(٢) جيوار فقرة ٩٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٢٤ ص ٢٨٢ – وذلك ما لم يكن الرهن ضرورياً للحصول على القرض (جيوار فقرة ٩٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٢٤ ص ٢٨٢) .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٢٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٢٨ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٥٦ – ولكن انظر فى عدم جواز الحجز العقارى : پون ١ فقرة ٩١٥ – جيوار فقرة ٨٦ .

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٥) جيوار فقرة ٩١ وفقرة ٩٤ – لوران ٢٧ فقرة ٤٢٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٢٧ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٤٢ – ويجوز للوكيل وكالة عامة عند رفع الدعاوى التى تنشأ من أعمال الإدارة توجيه اليمين والإقرار والصلح والطعن فى الحكم بجميع الطرق العادية وغير العادية (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٧ ص ٢٠٩) .

(٦) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٣١ .

(٧) پون ١ فقرة ٩١٢ – جيوار فقرة ٨٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٣٢ .

وأن يجدد الدين[1] ، وأن يقطع التقادم[2] ، وأن يقيد الرهن ، وأن يجدد القيد .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدنى سالفة الذكر إن الوكالة لا تقتصر على أعمال الإدارة ، بل تمتد أيضاً إلى أعمال التصرف إذا كانت أعمال الإدارة تقتضيها . ويشمل ذلك بيع المحصول وقبض ثمنه ، وبيع البضاعة وبيع المنقول الذى يسرع إليه التلف[3] وقبض أثمان ذلك كله ، وشراء ما يستلزمه الشىء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله كشراء مبيدات الحشرات وشراء الآلات الزراعية اللازمة والأسمدة والبذور والمواشى[4] ووسائل النقل اللازمة لاستغلال المتاجر من سيارات ومركبات ونحو ذلك ، والقيام فى إدارة متجر بأعمال التجارة وسحب الكمبيالات وإعطاء الكفالات[5] . بل إن الوكالة العامة تشمل أن يستغل الوكيل ما بيده من مال للموكل فى وجوه الاستغلال المختلفة مما يدخل فى نطاق الإدارة الحسنة ، كشراء أسهم وسندات بل وفى شراء

---

(١) ترولون فقرة ٢٨٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٣٢ وفقرة ٥٣٥ – عكس ذلك : پون ١ فقرة ٩١٤ – جيوار فقرة ٨٥ .

(٢) جيوار فقرة ٩١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٣٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٣ .

(٤) وقد قضى بأن التوكيل فى إدارة أطيان يشمل جميع ما يلزم لزراعتها كشراء فحوم لإدارة وابورات الرى المقامة فيها ، وكذا شراء الأدوات والبذور ، وأيضاً اقتراض ما يحتاج إليه من نقود للقيام بمثل أعمال الإدارة هذه (الزقازيق جزئى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٢٥ ص ١٧ – وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٦) .

(٥) نقض فرنسى ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ٣٩٦ – ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٢٩٧ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٤٩ – باريس ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٨ – ٢ – ٨٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٤٠ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا وكل تاجر شخصاً آخر توكيلا عاماً فى إدارة تجارته ، كان للوكيل الحق فى التوقيع على السندات الإذنية عن الموكل ، لأنها وغيرها من الصكوك التجارية الوسيلة الطبيعية لنماء التجارة وسرعة تداول العروض ، فإذا توقف التاجر الموكل عن دفع ديونه الثابتة بموجب هذه السندات جاز الحكم بشهر إفلاسه (مصر الوطنية ٢٩ نوفبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧) .

المنقول والعقار إذا كانت مصلحة الموكل فى ذلك واضحة[1] . وللوكيل وكالة عامة أن يصالح على حقوق موكله المتعلقة بالإدارة[2] . وقد تشمل الوكالة العامة بعض أعمال التبرع ، كالمنح والهدايا المألوفة التى تعطى للخدم والمستخدمين إذ فيها معنى الأجرة[3] .

٢٤١ — الوكالة الخاصة — نص قانونى : تنص المادة ٧٠٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء » .

« ٢ — والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .

« ٣ — والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر الجارى »[4] .

---

(١) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٥٣٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٣ ص ٩٠٠ — محمد على عرفه ص ٣٦٩ .

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨ .

(٣) جيوار فقرة ٨٤ — بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٥٢٥ — محمد على عرفة ص ٣٧٢ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٧ ص ٢١٠ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٦ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تحويرات لفظية وغير ترتيب الفقرات ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٣ ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٥ — ص ١٩٩) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم : م ٥١٥/٦٢٩ — ٦٣١ : يجوز أن يكون التوكيل خاصاً أو عاماً . فالتوكيل الخاص لا يترتب عليه إلا الإذن للوكيل بإجراء الأعمال المبينة فى التوكيل وتوابعها الضرورية ، وأما التوكيل العام فلا يترتب عليه إلا التفويض للوكيل فى الأعمال المتعلقة بالإدارة .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أنه إذا كانت أعمال الإدارة تحتمل الوكالة العامة فتشمل هذه جميع أعمال الإدارة على الوجه السابق ذكره ، كما تحتمل الوكالة الخاصة فلا تشمل الوكالة إلا أعمال الإدارة المحددة الواردة فيها على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، فإن أعمال التصرف لا تحتمل إلا الوكالة الخاصة ولا تجوز فيها الوكالة العامة . وإذا أمكن أن يوكل شخص شخصاً آخر فى جميع أعماله أو فى إدارة أعماله أو فى جميع أعمال الإدارة فينصرف هذا التوكيل العام إلى جميع أعمال الإدارة على التفصيل الذى قدمناه ، فإنه ليس من الجائز أن يوكله فى جميع أعمال التصرف دون تحديد لأنواع معينة من هذه الأعمال ،

= م ٦٣٢/٥١٦ : لا يسوغ الإقرار بشىء بطريق التوكيل ولا طلب يمين ولا المرافعة فى أصل الدعوى ولا تحكيم محكمين ولا إجراء مصالحة أو بيع عقار أوحق عقارى أوترك التأمينات مع بقاء الدين أوإجراء أى عقد يتضمن التبرع ، إلا بعد إثبات توكيل خاص بذلك أو تفويض خاص ضمن توكيل عام .

م ٦٣٣/٥١٧ : التوكيل فى بيع عقارات الموكل يتضمن الإذن ببيع عقار غير منصوص عليه ، وكذلك التوكيل فى تحكيم المحكمين أو فى إجراء المصالحة يتضمن التفويض للوكيل فى إجراء ذلك فى جميع حقوق الموكل ولو غير منصوص عليها . والحاصل أن التوكيل العام فى جنس عمل يكون معتبراً بدون نص على موضوع العمل ، إلا فيما يتعلق بعقود التبرعات .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣١ : يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به ، وتعميمها بتعميمه . فمن وكل غيره توكيلا مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة فى كل حق له ، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين الأول ، بخلاف التقنين الثانى ، يجيز الوكالة العامة فى جميع أعمال التصرف والتبرع ، ثم هو لا يشترط فى الوكالة فى التبرعات تعيين محل التبرع) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٧ : إن الوكالة الخاصة هى التى تعطى للوكيل فى مسألة أو عدة مسائل معينة أو التى تمنحه سلطة خاصة محدودة . وهى لا تخوله حق التصرف إلا فيما عينته من المسائل أو الأعمال وتوابعها الضرورية حسبما يقتضيه نوع العمل أو العرف .

م ٢/٧٧٨ : أما أعمال التفرغ والمصالحة والتحكيم فتقتضى على الدوام وكالة خاصة .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، إلا أن التقنين اللبنانى لا يحدد بالدقة الأعمال التى تقتضى وكالة خاصة ، وكذلك لا يشترط فى الوكالة فى التبرعات تعيين محل التبرع) .

ويكون هذا التوكيل فى أعمال التصرف باطلا ولا تكون للوكيل صفة فى مباشرة أى عمل من أعمال التصرف . فلابد إذن من وكالة خاصة لكل عمل من أعمال التصرف ، فتكون الوكالة فى البيع أو فى الشراء أو فى الهبة أو فى دفع حصة فى الشركة أو فى الإقراض أو فى الصلح أو فى الرهن أو فى ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أى حق عينى آخر أصلى أو تبعى . ويجوز أن تقتصر الوكالة الخاصة على تصرف واحد من هذه التصرفات ، كما يجوز أن تشمل طائفة منها ، ولكن يجب فى هذه الحالة الأخيرة أن تبين الوكالة على وجه التحديد كل نوع من أنواع التصرفات التى تدخل فيها ، فتتعدد الوكالات الخاصة بتعدد أعمال التصرف وإن كان يضمها جميعاً ورقة واحدة[1] . ويجب التمييز هنا ، فى أعمال التصرف ، بين المعاوضات والتبرعات .

فالمعاوضات ، كالبيع والرهن ، وإن كان لابد فيها من وكالة خاصة ، إلا أنه يصح أن تصدر هذه الوكالة دون تحديد للمحل الذى يقع عليه التصرف ، فتكون خاصة فى نوع التصرف وعامة فى محله . ومن ثم يجوز أن يوكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزل معين ، كما يجوز أن يوكله فى البيع بوجه عام . وفى هذه الحالة الأخيرة يكون للوكيل صفة فى بيع أى مال للموكل بل فى بيع جميع أمواله ، ولكن لا يجوز له أن يرهن هذه الأموال[2] أو أن يرتب عليها حقاً عينياً آخر[3] أو أن يصالح عليها أو أن يقرضها أو أن يجرى فيها أى تصرف آخر غير البيع ، إذ لابد لكل نوع من هذه التصرفات من توكيل خاص[4] .

---

(١) وإذا خلت عبارة التوكيل عن النص على التنازل عن الحقوق ، ولكنها كانت صريحة فى تخويل الوكيل إجراء الصلح ، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه ، فهذا لا يكون تنازلا محضاً من طرف واحد ، وإنما هو صلح مما تتسع له حدود التوكيل (نقض مدنى ١٨ نوفبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٨ ص ٢١٩) .

(٢) ولكن قد يتضح من الظروف أن قصد الموكل من إعطاء التوكيل بالبيع الحصول على نقود هو فى حاجة إليها ، فيجوز فى هذه الحالة للوكيل إذا تعذر عليه البيع أن يرهن مال الموكل للحصول على النقود المطلوبة (جيوار فقرة ٩٧ – بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٥٥٣ – محمد على عرفة ص ٣٧٣) .

(٣) كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية .

(٤) وقد قضى بأن الإقرار بحق الحكر وهو حق عينى يقتضى توكيلا خاصاً (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥) . وكذلك يقتضى توكيلا خاصاً اشتراك الدائن =

والتوكيل فى الصلح لايتضمن التوكيل فى التحكيم ، والعكس صحيح فلايتضمن التوكيل فى التحكيم التوكيل فى الصلح[1] .

أما التبرعات ، كالهبة والإبراء ، فيجب أن تكون الوكالة فيها خاصة فى نوع التصرف وخاصة أيضاً فى محله . فلا يكفى أن يوكل شخص شخصاً آخر فى الهبة أو فى الإبراء ، بل يجب أيضاً أن يعين المال الذى وكله فى هبته أو الدين الذى وكله فى الإبراء منه . فيذكر أنه وكله فى هبة منزل معين أو أرض

= فى صلح مع مدينه المفلس (concordat) ينزل بموجبه عن جزء من حقه (استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٦) . والتقدم فى مزايدة يقتضى توكيلا خاصاً (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٦) . وكذلك فتح حساب جار (استئناف مختلط ٩ نوفبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ١٢) . والتوكيل فى نزع ملكية عقار المدين لايتضمن توكيلا فى الدخول فى مزايدة هذا العقار (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . ولكن التوكيل فى الدخول فى المزايدة يتضمن التوكيل فى التقرير بالشراء عن الغير (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠) . والتوكيل فى الرهن يتضمن التوكيل فى الاقتراض (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧١–٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥٥) . ومع ذلك فقد قضى بأن التوكيل فى الرهن لايتضمن التوكيل فى الاقتراض (استئناف مختلط ٢٥ نوفبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٠) — ويقتضى الطعن بالتزوير توكيلا خاصاً (م ٨١١ مرافعات — انظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٧) — ويقتضى توكيلا خاصاً حوالة حق مضمون برهن (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٩) — ولا يجوز للوكيل أن يستعمل التوكيل لصالحه إلا بتفويض خاص ، فمن وكل فى الرهن لا يجوز له أن يرهن مال موكله لضمان ديونه الشخصية إلا بإذن خاص من الموكل (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٧٥ — ١٤ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٩) .

(١) استئناف وطنى ١١ فبراير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣١ — أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٣ ص ٩٢ — مصر استئنافى ٥ يوليه سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٤ ص ٢٦ — استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٠ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ — ١٥ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٧ — ١٤ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٥ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٢ — والتوكيل فى الرهن لا يتضمن التوكيل فى الكفالة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن ، فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يفى الدين من أملاك الموكل ، ولا يجوز الاعتماد عليه فى أن يكفل الوكيل باسم موكله مديناً وأن يرهن أطيان الموكل تأميناً للوفاء بالدين (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٩ ص ١٤١ — وانظر استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ — ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١) .

معينة أوسيارة بالذات أو كذا أردباً من القمح من نوع معين ، أووكله فى إبراء مدين معين من الدين الذى له فى ذمته ومقداره كذا أوتاريخه كذا أووصفه كذا ويصفه بما يعينه تعييناً كافياً[1] . والفرق بين المعاوضات والتبرعات فى هذا الصدد يرجع إلى أن التبرعات أشد خطورة من المعاوضات ، فيجب أن يكون التوكيل فيها محدداً تحديداً أدق من التحديد فى المعاوضات ، فيعين نوع التصرف ومحله معاً حتى لا تطلق حرية الوكيل فى التبرع بمال موكله كما يشاء .

وتصح الوكالة الخاصة فى أعمال الإدارة كما قدمنا ، ويعين التوكيل فى هذه الحالة عملا من أعمال الإدارة أوطائفة من هذه الأعمال تقتصر الوكالة عليها : ولايشترط فى الوكالة الخاصة فى أعمال الإدارة ، كما لايشترط فى الوكالة الخاصة فى المعاوضات ، تحديد المحل الذى يقع عليه العمل . ومن ثم يجوز التوكيل فى إيجار أرض معينة ، أو فى الإيجار بوجه عام ، وفى هذه الحالة الأخيرة يكون للوكيل صفة فى إيجار أى مال للموكل ، ولكن ليس له أن يقوم بأى عمل غير الإيجار ، فلا يجوز مثلا أن يدير أرضاً للموكل بطريق الزراعة على الذمة .

والوكالة الخاصة ، سواء كانت فى التبرع أو التصرف أوالإدارة ، يجب عدم التوسع فى تفسيرها ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدنى سالفة الذكر : « والوكالة الخاصة لاتجعل للوكيل صفة إلا فى الأمور المحددة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الوكالة الخاصة تصح فى نوع معين من الأعمال القانونية ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات (م ٢/٧٠٢ مدنى) فإن الوكالة الخاصة فيه لا تصح إلا إذا كان المال محل التبرع معيناً على وجه التخصيص ، بحيث إذا لم يرد بالتوكيل بيان للأعيان محل التبرع فلا يكون للوكيل سلطة القيام بأعمال التبرع نيابة عن الأصيل . ومن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه فى ميراث ولم يعين فى عقد الوكالة المال بالذات الذى انصب عليه التبرع ، فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلا ، ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع ، طالما أن القانون قد اشترط تحديده فى ذات سند التوكيل (نقض مدنى ٨ نوفبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٩ ص ٩٧٧) . وتوكيل شخص شخصاً آخر فى أن يكفل نيابة عنه مديناً معيناً يعتبر توكيلا فى عقد من عقود التبرع إذا كان الكفيل لا يتقاضى أجراً على كفالته ، ومن ثم يجب أن يصدر توكيل خاص فى ذلك وأن يتضمن هذا التوكيل الخاص تعيين الدين المكفول تعييناً كافياً (قرب نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٩ ص ١٤١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه — محمد على عرفة ص ٣٧٤) .

فيها » . فالتوكيل فى الإبراء من دين لا يشمل التوكيل فى حوالته . والتوكيل فى بيع منزل أوفى إيجاره لايشمل التوكيل فى قبض الثمن[1] أو الأجرة[2] . والتوكيل فى قبض دين لا يشمل التوكيل فى مقاصاة المدين[3] ، ولا فى منحه أجلا للوفاء ، ولا فى إبرائه ولو من جزء من الدين ، ولا فى الحوالة ، ولا فى الصلح ، ولا فى التصرف فيما يقبضه الوكيل من الدين ولو لمصلحة الموكل[4] . والتوكيل فى الاقتراض لا يشمل التوكيل فى الرهن[5] .

والمحامى لابد أن يصدر له توكيل خاص فى المرافعة أمام القضاء فى قضية

---

(١) ومع ذلك فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « على أن التوكيل فى البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقاً لطبيعته والعرف الجارى ، فيجوز للوكيل فى البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٨ — وانظر أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٩ ص ٢١٢) . والظاهر أن الأمر فى ذلك يرجع إلى نية المتعاقدين ، فقد يقصدان أن يشمل التوكيل فى البيع قبض الثمن وقد يقصدان ألا يشمله ، وعند الشك يرجع إلى العرف الجارى . وهذا غير الوكالة العامة فى أعمال الإدارة ، فقد قدمنا أنها تشمل بيع المحصول والبضائع والمنقول الذى يسرع إليه التلف وقبض أثمانها (انظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ Rép. gén. du notariat ١٩٣٩–٢٥٤٦٣– بون ١ فقرة ٩٤٤ وفقرة ٩٥٥ — لوران ٢٧ فقرة ٤٣٥ — جيوار فقرة ٩٧ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٥٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٢٤ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٥ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٥٩ — محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ ص ٢٦٢ — محمد على عرفة ص ٢٧٣ .

(٣) وهذا غير الوكالة العامة فى أعمال الإدارة ، فقد قدمنا أنها تشمل قبض الدين ومقاصاة المدين والتنفيذ على أمواله (انظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

(٤) نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٨ — ١ — ٢٩ — مجلس الدولة الفرنسى ١٥ يناير سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ — ٣ — ١٤٣ — أنچيه ٩ أبريل سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ — ٣ — ٥٠ — بون ١ فقرة ٩٤١ — لوران ٢٧ فقرة ٤٣٨ — جيوار فقرة ٩٧ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٤٧ ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٧ .

(٥) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٩٤٨ J.C.P. ١٩٤٨ — ٢ — ٤٥٣٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٨ — والتوكيل فى شراء البذرة والغلال لايشمل التوكيل فى الاقتراض (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٨١) . ولكن التوكيل فى الرهن يشمل التوكيل فى الاقتراض كما سبق القول (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . والتوكيل فى الاقتراض على وجه معين لا يشمل التوكيل فى الاقتراض بوجه عام ولا فى إصدار أوراق تجارية (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٥) .

معينة أو فى جميع القضايا التى ترفع من موكله أو عليه[1] . وتوكيله فى المرافعة أمام القضاء لا يشمل توكيله فى الصلح ولا فى التحكيم ولا فى الإقرار ولا فى توجيه اليمين ، بل لا بد من توكيل خاص لكل تصرف من هذه التصرفات ، أى يجب أن يذكر فى التوكيل الصادر للمحامى أنه موكل فى المرافعة أمام القضاء وفى الصلح والتحكيم والإقرار وتوجيه اليمين[2] ، فإذا أغفل ذكر تصرف من هذه التصرفات لم تكن للمحامى صفة فى مباشرته[3] . كذلك لا يتضمن توكيل المحامى فى المرافعة أمام القضاء توكيله فى ترك المرافعة أو فى قبول الحكم أو فى النزول عنه أو فى الطعن فى الحكم بطرق الطعن العادية[4] أو غير العادية

---

(١) ويجب فى جميع الأحوال توكيل خاص فى الوكالة بالخصومة ، فإذا أعلن الشفيع طلب الشفعة إلى وكيل البائع ولم يكن عند هذا الأخير توكيل خاص فى الخصومة كان الإعلان باطلا ، ولا يجوز بعد انقضاء المواعيد إعادة الإعلان للبائع نفسه (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٨١) . وإذا وكل المحامى فى قضية معينة ، فلا يمتد التوكيل إلى قضية أخرى (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٩) . وتوكيل المحامى فى أن يقوم بكل ما يراه فى صالح موكله يكفى لاعتباره توكيلا فى رفع الدعاوى والمرافعة فيها (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٥٥) .

(٢) وإذا وجه المحامى اليمين دون توكيل خاص ، جاز للموكل أن يقر هذا التصرف بعد وقوعه (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ، ص ٣٧٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٩-١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٩ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧م ٩ ص ٢٧٨-٩ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢-٢ مايو سنة ١٩٤٥م ٥٧ ص ١٥١ - نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٤ - ١ - ١٧٧ - السين ٥ فبراير سنة ١٩٠١ La Droit ١٠ مايو سنة ١٩٠١ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٤٧ ص ٢٩٣ .

ولا يعتبر تكييف المحامى للدعوى إقراراً بحق يستلزم توكيلا خاصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر محامى الشريك فى دعوى ريع رفعت ضده من باقى شركائه أنه وكيل عنهم على الشيوع وأن الدعوى التى توجه إليه يجب أن تكون دعوى حساب ، فإن هذا القول لا يعتبر إقراراً بحق يستلزم توكيلا خاصاً من موكله ، وإنما هو من وسائل الدفاع المخولة للمحامى بمقتضى التوكيل الصادر إليه من موكله ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسلطته فى إعطاء التكييف القانونى للدعوى واتخاذ إجراءات الدفاع التى يراها مما ينطوى عليه ذلك التوكيل (نقض مدنى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٧٦ ص ٧١٩) .

(٤) ومع ذلك انظر فى أن التوكيل فى المرافعة يشمل التوكيل فى الطعن فى الحكم بطريق الاستئناف : دائرة النقض الجنائية ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٥ ص ١٠ - استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٤ (ويستثنى هذا الحكم حالة ما إذا رفع =

أو فى النزول عن حق للموكل ، بل يجب أن يذكر كل ذلك فى التوكيل الصادر للمحامى حتى تكون له صفة فى مباشرته(١) .

= المحامى استئنافاً دون أن يعلم الموكل أنه خسر الدعوى فى محكمة أول درجة إذ لا يمكن القول فى هذه الحالة بتوكيل ضمنى) - إكس ٩ يونيه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ - ٥ - ٢٦٨ - بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٨ .

(١) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٠٠ - ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ - أسيوط ٦ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤ ص ٤٣ - نقض فرنسى ٢٩ يناير سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ - ١ - ١٩٢ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٤ - ١ - ١٧٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ - ١ - ٣٥١ - ٤ أبريل سنة ١٨٢ سيريه ٩٣ - ١ - ٢٦٠ - ٢٥ نوفبر سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٩ - ٢٨ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٥٨ - بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦١ ص ٨٩٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٩٢ ص ٢٦٣ .

وقد ورد نصان فى تقنين المرافعات يحددان نطاق التوكيل بالخصومة ، وما يدخل فى عموم هذا التوكيل ، وما يجب أن يصدر فيه تفويض خاص . فنصت المادة ٨١٠ مرافعات على أن « التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها ، واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم فى موضوعها فى درجة التقاضى التى وكل فيها ، وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف . وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً . وكل قيد يرد فى سند التوكيل على خلاف ما تقدم لا يحتج به على الخصم الآخر » . ونصت المادة ٨١١ مرافعات على أنه « لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ، ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ، ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ، ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ، ولا الادعاء بالتزوير ، ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولا رد الخبير ، ولا العرض الفعلى ولا قبوله ، ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً . وكل ما يقع خلاف ذلك يجوز التنصل منه » .

وتحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع ، بما له من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان فى العقد المبرم بينهما ، أن يحدد مدى الوكالة على هدى ظروف الدعوى وملابساتها . فإذا كانت المحكمة فى الدعوى المرفوعة على المحامى من موكله يطالبه بمبلغ مقابل ما أضاعه عليه بإهماله تجديد قيد الرهن على الأطيان التى وكله فى مباشرة إجراءات نزع ملكيتها حتى سقط القيد وأصبح دينه عادياً ، وقد قضت على المحامى بالتعويض ، مؤسسة قضاءها على ما استظهرته من عقد الوكالة المحرر للمحامى وما استخلصته من الظروف والملابسات التى صدر فيها من أنه وإن كان متعلقاً بدعوى معينة إلا أنه عام فيها ، فيشمل التزام المحامى بالعمل على تجديد الرهن فى الميعاد ، وكان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التى ساقتها ولا يتعارض مع أى نص فى عقد الوكالة ، فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض بدعوى أنها مسخت ذلك العقد وحولت معناه (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

٢٤٢ — الوكالة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية : ومع ذلك فهناك وجه للتوسع فى تفسير الوكالة ، فقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدنى سالفة الذكر بأن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها « وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى » (١). وهذا النص لا ينطبق فحسب على الوكالة الخاصة فى أعمال التصرف من معاوضات وتبرعات ، بل أيضاً على كل وكالة فيشمل الوكالة الخاصة فى عمل من أعمال الإدارة والوكالة العامة فى جميع أعمال الإدارة.

فالوكالة فى البيع تشمل تسليم المبيع (٢) ، والوكالة فى الإيجار تشمل تسليم العين المؤجرة ، والوكالة فى الشراء تشمل تسلم العين المشتراة (٣)، والوكالة فى الاستئجار تشمل تسلم العين المستأجرة ، والوكالة فى الاقتراض تشمل تسلم المبلغ المقترض . وتشمل الوكالة فى قبض الدين إعطاء المخالصة بدفعه وشطب الرهن الذى يضمنه (٤) ، وقبض الدين قبل ميعاد حلوله (٥) ، واستيفاء جزء من الدين إذا جرى العرف بذلك أو انصرفت إليه نية المتعاقدين (٦) . وتشمل الوكالة فى الوفاء بدين الموكل من أى مال يستطيع

---

(١) نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ٤٩١ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٤٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٥ ص ١٩٨ (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ فى الهامش) — ولكن لا يجوز للوكيل بالبيع أن يدرج فى العقد الذى أبرمه تنفيذاً للوكالة شروطاً تربط موكله بالتزامات أكثر مما أوجبه القانون بغير تفويض خاص ، فلا يجوز للوكيل فى حوالة الحق أن يجعل موكله ضامناً ليسار المدين فى الحال والاستقبال إلا إذا خول هذا الحق صراحة فى سند التوكيل ، لأن الضمان الوحيد المنصوص عليه فى القانون العام هو ضمان وجود الدين وقت الحوالة (شبين الكوم استئنافى ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٩١ ص ٥٦٥) . والتوكيل فى بيع المحصول لا يخول الوكيل إلزام موكله بدفع تعويض عند عدم تسليم المحصول (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ — ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١) .

(٣) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٦ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٢ .

(٤) نقض فرنسى ٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٨٧ — جيوار فقرة ٩٧ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٢٤ — محمد على عرفة ص ٣٧٣ .

(٥) نقض فرنسى ٢٢ يناير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٧٨ .

(٦) نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٨ — ١ — ٢٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٨ .

الوكيل الحصول عليه الاقتراض لوفاء الدين بالمبلغ المقترض[١] . وتشمل الوكالة فى بيع أسهم لوفاء دين الموكل إعطاء هذه الأسهم للدائن فى مقابل دينه[٢] .

ويمكن القول بوجه عام إن الوكالة تشمل كل ما يقتضيه تنفيذها من تصرفات أو أعمال ضرورية ، ويرجع فى ذلك إلى طبيعة التصرف محل الوكالة وإلى ما جرى به العرف ، وقبل ذلك إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين[٣] .

٢٤٣ — إثبات مدى سعة الوكالة : ومتى ثبت وجود الوكالة وفقاً لقواعد الإثبات السابق بيانها[٤] ، ولم يبق إلا تحديد مدى سعة الوكالة ، فإن إثبات هذا المدى يكون بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، ولو زادت قيمة الوكالة على عشرة جنيهات . ذلك أن الوكالة متى ثبت وجودها ، فإن مدى سعتها ليس إلا تفسيراً لمضمونها ، والتفسير من أمور الواقع التى يضطلع بها قاضى الموضوع .

وعلى من يتمسك بالوكالة يقع عبء إثبات مدى سعتها : على الوكيل إذا كان يريد الرجوع على الموكل بالمصروفات التى أنفقها أو بالأجر أو بالتعويض ، وعلى الموكل إذا كان يطالب الوكيل بتنفيذ الوكالة أو بتقديم حساب عنها ، وعلى الغير الذى تعاقد مع الوكيل إذا كان يطالب الموكل بتنفيذ التصرف محل الوكالة[٥] .

فالأمر إذن ينتهى إلى قاضى الموضوع ، وهو الذى يبت ، دون معقب عليه من محكمة النقض إلا إذا مسخ شروط الوكالة ، فى مدى سعتها من حيث

---

(١) جيوار فقرة ٩٧ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٥٠ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٩ — ولكن قارن أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٦٧ .

(٢) باريس ١٢ يوليه سنة ١٩٨٢ داللوز ٩٣ — ٢ — ٥٠٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٩ .

(٣) أكثم أمين الخولى فقرة ١٦٩ ص ٢١٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٥) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٦٠ .

ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية ، ومن حيث ما ترك للوكيل من حرية في القيام بهذه التصرفات[١] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٣ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩١ – ١ – ١٩ – ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ – ١ – ٣٥١ – ١٤ يونيه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ١ – ٥٠٨ – ١٥ يوليه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ١ – ٣١ – ٨ و ٩ يوليه سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٧ – ١ – ١٣٣ – ٢٩ يناير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١١ – ١ – ٩٤ – ١٩ فبراير سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٢٣٢ – ١٣ نوفبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٤٩١ – بودرى وڤال في الوكالة فقرة ٥٦١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٢ ص ٢١٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ١٢٧ – محمد على عرفة ص ٣٧٥ .

وقد لخصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما قدمناه عن الوكالة العامة والوكالة الخاصة وعن تدرج الوكالة في التخصيص بحسب خطورة التصرف محل الوكالة في العبارات الآتية : « تعرض المادتان ٩٧٦ و ٩٧٧ (م ٧٠١ وم ٧٠٢ مدنى) للوكالة العامة وللوكالة الخاصة . فالوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة دون أن يحدد لها عمل قانوني معين . فإذا وكل شخص آخر توكيلا عاما ، انصرفت الوكالة إلى أعمال الإدارة ، كالإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وقبض الحقوق ووفاء الديون والقيام بأعمال الحفظ والصيانة ، وكذلك قطع التقادم وقيد الرهن وتجديد القيد وتوقيع الحجز التحفظى ورفع الدعاوى المستعجلة ودعاوى وضع اليد . ويدخل في أعمال الإدارة أعمال التصرف التي تقتضيها أعمال الإدارة ، كبيع المحصول والبضاعة وبيع ما يسرع إليه التلف وشراء مواش ، وآلات للزراعة . أما الوكالة الخاصة فهى التي تتحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة ، كالتوكيل في البيع والشراء والصلح والتحكيم وكالتوكيل في الإيجار وفي بيع المحصول . ويتبين من ذلك أن الوكالة الخاصة قد ترد على عمل من أعمال التصرف أو على عمل من أعمال الإدارة . وقد ترد على العملين معاً في وقت واحد ، والمهم أن تتخصص في عمل أو أعمال قانونية معينة . ٢ – وأعمال الإدارة يصح أن تكون محلا لوكالة عامة أو لوكالة خاصة كما تقدم . أما أعمال التصرف فلا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة لخطورتها . فلا يصح أن يوكل شخص آخر توكيلا عاماً في جميع أعمال التصرفات دون أن يخصص أعمالا معينة منها . فإن خصص ، اقتصرت الوكالة على ما خصص ولا تتناول غير ذلك من أعمال التصرفات ، كما إذا وكل شخص آخر في بيع ماله وفي التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات ، فلا تتناول الوكالة في هذه الحالة إلا البيع دون غيره . على أن التوكيل في البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقاً لطبيعته وللعرف الجارى ، فيجوز للوكيل في البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع . ٣ – ويلحق بأعمال التصرفات في وجوب أن تكون الوكالة فيها وكالة خاصة ، أعمال تنطوى على شيء من الخطورة يعلو بها عن مستوى أعمال الإدارة ، وهذه هي الصلح والإقرار والإنكار وتوجيه اليمين والدفاع أمام القضاء أمن موضوع الحق . ٤ – أما إذا كان العمل تبرعاً كالهبة والعارية ، فلا تكفى الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذى يرد عليه العمل القانونى . وإذا صح أن يوكل شخص آخر في بيع ماله دون أن يعين المال الذى يباع ، فلا يجوز ذلك في التوكيل بالهبة . =

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على الوكالة

٢٤٤ — فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : لما كان محل الوكالة تصرفاً قانونياً يعقده الوكيل مع الغير ، فإن الوكالة يترتب عليها نوعان من الآثار : آثار فيما بين المتعاقدين الوكيل والموكل ، وآثار بالنسبة إلى الغير الذى تعاقد معه الوكيل .

الفرع الأول

آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين

٢٤٥ — التزامات الوكيل والتزامات الموكل : تنشئ الوكالة التزامات فى جانب الوكيل ، هى تنفيذ الوكالة ، وتقديم حساب عنها للموكل ، ورد ما يكون للموكل عند الوكيل .

وقد تنشئ التزامات فى جانب الموكل ، هى دفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، ورد المصروفات أو تقديمها إذا كانت هناك حاجة إلى نفقات لتنفيذ الوكالة ، وتعويض الوكيل عن الضرر إذا أصابه ضرر بسبب تنفيذ الوكالة(١).

= بل يجب أن يعين التوكيل المال الذى يوهب ، ولا يجوز للوكيل هبة غير هذا المال ، وذلك لخطورة أعمال التبرعات . ٥ — ويلاحظ أن تدرج الأعمال فى الخطورة يتمشى معه تدرج الوكالة فى التخصيص . فما كان من الأعمال محدود الخطورة ، كأعمال الإدارة ، تكفى فيه الوكالة العامة . فإذا زادت خطورة العمل ، كما فى أعمال التصرف وملحقاتها ، وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى . حتى إذا وصلت الخطورة إلى الذروة ، كما فى أعمال التبرع ، وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى وفى محله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٩٧ — ص ١٩٩) .

(١) ولا تتقادم التزامات كل من الوكيل والموكل إلا بالمدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة ، ولا تسرى المدة إلا من وقت ثبوت الالتزام مستحق الوفاء فى ذمة المتعاقد (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٣٩ — فقرة ٦٤٠) .

المبحث الأول

التزامات الوكيل

المطلب الأول

تنفيذ الوكالة

٢٤٦ — *مسائل ثلاث* : نبحث ، فى التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة ، مسائل ثلاثا : (١) تنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة . (٢) العناية الواجبة فى تنفيذ الوكالة . (٣) تعدد الوكلاء ونائب الوكيل ، إذ يجوز أن يقوم بتنفيذ الوكالة وكلاء متعددون ، أو يقوم بتنفيذها شخص آخر أنابه عنه الوكيل .

§ ١ — تنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة

٢٤٧ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧٠٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة » .

« ٢ — على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة »[1] .

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، والفقرة الأولى من النص

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فى فقرته الأولى ، أما الفقرة الثانية فكانت تجرى على الوجه الآتى : « على أن له أن يخرج عن هذه الحدود إذا استحال عليه أن يخبر الموكل مقدماً بتصرفه ، وكانت الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل ما أدخله على الوكالة من تعديل » . وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية تعديلا جعلها هى أيضاً مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم النص ٧٣٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) .

كان معمولا بها فى عهد التقنين المدنى القديم لاتفاقها مع القواعد العامة ، أما الفقرة الثانية فمستحدثة ولايعمل بها إلا إذا كانت الوكالة قد أبرمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٦٩ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٧٠٣ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٣٣ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٩ — ٧٨٠ و٧٨٧(١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أن على الوكيل أن يلتزم حدود الوكالة المرسومة ، ومع ذلك يجوز له استثناء وبشروط معينة أن يجاوز هذه الحدود .

٢٤٨ — القاعدة — التزام حدود الوكالة المرسومة : يجب على الوكيل أن يلتزم فى تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة ، فلا يخرج على هذه الحدود ، لا من ناحية مدى سعة الوكالة والتصرفات القانونية التى تتضمنها ، ولا من ناحية طريقة التنفيذ التى رسمها له الموكل . فإذا كان موكلا فى بيع منزل معين لمشتر معين بثمن معين ، على أن يكون الثمن نسيئة لأجل معين ، وعلى أن يضمن الوفاء بالثمن فوق امتياز البائع كفيل شخصى ملىء ، وجب على الوكيل أن ينفذ الوكالة فى هذه الحدود المرسومة دون نقص أو زيادة ، وأن يجرى فى طريقه تنفيذها على النحو المرسوم فى الوكالة . فيجب عليه أن يبيع هذا

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٦٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣٣ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٩ : لا يحق للوكيل أن يتجاوز الحدود المعينة فى الوكالة — غير أنه يستطيع الحيد عن التعليمات المعطاة له إذا تعذر عليه أن يعلم الموكل قبل ذلك ، وكانت هناك ظروف تقدر معها موافقة الموكل . وفى هذا الحال يجب على الوكيل أن يخبر الموكل بلا إبطاء عما أجراه من التعديل فى تنفيذ الوكالة .

م ٧٨٠ : إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة فى الوكالة ، فإن الفرق يعود إلى الموكل .

م ٧٨٧ : يجب على الوكيل أن يخبر الموكل عن جميع الظروف التى يمكن أن تحمله على تعديل الوكالة أو الرجوع عنها . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

المنزل المعين دون غيره ، وأن يبيعه لا أن يرهنه أو يقايض عليه أو يتصرف فيه بأى تصرف آخر غير البيع ، وأن يبيعه لهذا المشترى المعين لا لمشتر آخر ولو دفع ثمناً أعلى إلا إذا وافق الموكل ، وأن يبيعه بهذا الثمن المعين لا بثمن أقل . ويجب عليه فوق ذلك أن يجرى فى تنفيذ الوكالة على الطريقة المرسومة فيها ، فلا يحدد لدفع الثمن أجلا أبعد ، ولا يكتفى بامتياز البائع ضماناً للوفاء بالثمن بل يجب أن يضم إليه كفالة شخص ملىء[1] .

وقد يتطلب تنفيذ الوكالة القيام بأعمال مادية تابعة للتصرف القانونى محل الوكالة ، كالقيام بإجراءات تسجيل البيع من تحرير العقد والتصديق على الإمضاء وغير ذلك من إجراءات التسجيل ، وكالبحث عن مشتر إذا لم يكن التوكيل لمشتر معين ، أو السفر إلى المشترى المعين فى موطنه لإتمام الصفقة معه . فيقوم الوكيل بهذه الأعمال المادية التابعة للوكالة كوكيل ، لا كأجير يرتبط مع الموكل بعقد عمل أو بعقد مقاولة[2] . ويترتب على ذلك أن أحكام عقد العمل أو عقد المقاولة لا تسرى فيما يتعلق بهذه الأعمال المادية ، فلو أصيب الموكل بضرر بسبب تأديتها لا يدخل هذا الضرر فى نطاق « إصابات عقد العمل » ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .[3]

وليس معنى التزام الوكيل الحدود المرسومة للوكالة أنه لا يستطيع التعاقد بشروط أفضل . فلو أنه فى المثل المتقدم الذكر استطاع أن يتفق مع المشترى على أن يكون الثمن معجلا لا نسيئة ، أو لأجل أقرب ، أو بكفالة شخصين

---

(١) ومجاوزة الوكيل لهذه الحدود المرسومة مسألة واقع ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قرر بأن الوكيل قد تجاوز حدود التوكيل قد أقام ذلك على استخلاص موضوعى سائغ ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩) .

(٢) وتعرض المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لالتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة فتقول : «فأول واجبات الوكيل هو أن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة ، أى أن يقوم بالعمل أو الأعمال القانونية التى وكل فيها وما يتبع ذلك من أعمال مادية ملحقة ، دون نقص أو زيادة . فإن نقص أو زاد كان بين التفريط والإفراط ، وكلاهما يكون مسئولا عنه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٦) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٠٧ فى الهامش . وهناك أحكام خاصة بنفقة الوكالة فى الضرر الذى يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة نصت عليها المادة ٧١١ مدنى ، وسيأتى بيانها (انظر ما يلى فقرة ٢٨٨ وما بعدها) .

مليئين بدلا من شخص واحد ، لصح ذلك وعاد نفعه على الموكل . ولو وكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزل أو فى شرائه بثمن معين ، فباع الوكيل المنزل بثمن أعلى أو اشتراه بثمن أدنى ، لصح ذلك وكان الموكل هو الذى يفيد منه[1]. وقد نصت المادة ٧٨٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على هذا الحكم البديهى صراحة إذ تقول : « إذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط أكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة فى الوكالة ، فإن الفرق يعود إلى الموكل »[2] .

ويحتفظ الوكيل بما يثبت تنفيذه للوكالة على الوجه المطلوب ، حتى يستطيع الرجوع على الموكل بما عليه من التزامات[3] كدفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة وكرد المصروفات التى أنفقها ، وحتى يستطيع أيضاً أن يؤدى حساباً للموكل عن تنفيذ الوكالة كما سيأتى . فيحتفظ بنسخة العقد الذي أمضاه أو بالمستند الذى يثبت ذلك ، كما يحتفظ بالمستندات التى تثبت المصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة[4] .

---

(١) ترولون فقرة ٣٠٨ – فقرة ٣٠٩ – پون ١ فقرة ٩٧٤ – فقرة ٩٧٥ – لوران ٢٥ فقرة ٤٥٨ – جيوار فقرة ١٠٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٤٩ ص ٣٥٢ – وعلى العكس من ذلك لو باع بثمن أدنى أو اشترى بثمن أعلى ، كان مجاوزاً حدود الوكالة ، ولكن يجوز له مع ذلك أن يلزم الموكل بالصفقة إذا هو تحمل فرق الثمن . وتقضى المادة ٣٩٧/٢ من تقنين الالتزامات السويسرى فى هذا المعنى بأنه إذا خالف الوكيل تعليمات الموكل لغير صالحه ، فإن الوكالة لا تعتبر قد نفذت إلا إذا تحمل الوكيل بالخسارة (انظر فى هذا المعنى جيوار فقرة ٧٤ وفقرة ١٠٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٤٩ – محمد على عرفة ص ٣٧٧) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٦ فى الهامش – بل إن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى يذهب إلى أبعد من ذلك ، ويجيز أن يتعاقد الوكيل بشروط أقل إذا كان الفرق قليل الشأن أو كان مما يتسامح فيه عادة . فتنص المادة ٨٠٦ من هذا التقنين على أنه : « لا يلزم الموكل بما يفعله الوكيل مما يخرج عن حيز سلطته أو يتجاوز حدها إلا فى الأحوال الآتية . . ثالثا . إذا عاقد الوكيل بشروط أجزل فائدة من الشروط المعينة فى التعليمات التى تلقاها – رابعاً – إذا عاقد الوكيل بشروط أدعى إلى النفقة من الشروط التى عينت له فى التعليمات التى تلقاها ، وذلك فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان الفرق قليل الشأن . (٢) إذا كان منطبقا على التسامح المعتاد فى التجارة أو فى المكان الذى أبرم فيه العقد » .

(٣) نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ – ١ – ٣٧١ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٩٧ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

(٤) بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

وإذا لم يقم الوكيل بتنفيذ الوكالة على النحو سالف الذكر دون أن يتنحى عن الوكالة على الوجه الذى رسمه القانون ، جاز للموكل بعد إعذاره أن يرجع عليه بالتعويض ، بل إن الإعذار لا يكون له مقتض إذا أصبح تنفيذ الوكالة مستحيلاً[1] .

٢٤٩ — **الاستثناء — الخروج عن حدود الوكالة المرسومة :** رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى تجيز للوكيل استثناء أن يخرج عن الحدود المرسومة للوكالة « متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ماكان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه من حدود الوكالة ». فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع أوراق مالية فى البورصة بسعر معين ، فلم تبلغ هذا السعر ولم يستطع الوكيل بيعها ، فألغى الموكل الوكالة وأعطى للوكيل وكالة جديدة فى رهن الأوراق تأميناً على قرض وكله فى عقده ، ولكن الوكيل عثر بعد ذلك على مشتر بالسعر الذى يطلبه الموكل ، فبدلا من رهن الأوراق باعها بهذا السعر ، فإن بيعه للأوراق يكون صحيحاً بالرغم من خروجه عن حدود الوكالة إذ باع بدلا من أن يرهن ، وذلك إذا أثبت توافر شرطين سيأتى بيانهما . كذلك إذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع أرض زراعية ، فعرض المشترى على الوكيل أن يشترى كذلك المواشى والآلات الزراعية الموجودة بالأرض ، جاز للوكيل أن يقبل ماعرضه المشترى ، على أن يثبت توافر الشرطين المشار إليهما وهما :

أولا — أنه بالرغم من خروج الوكيل عن الحدود المرسومة للوكالة ، إلا أن الظروف هى بحيث يفترض معها أن الموكل ماكان إلا ليوافق على تصرف الوكيل[2] . فى المثل الأول يثبت الوكيل أن غرض الموكل الأصلى هو بيع

---

(١) نقض فرنسى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت دى باليه ١٩٣٠ — ١ — ٥٨٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٥ .

(٢) ويقول الأستاذ أكثم أمين الخولى فى هذا الصدد : « والمعيار هنا شخصى محض ، يستمد من الإرادة المفترضة للموكل ذاته وبشخصه . فلا يرجع فيه إلى ماكان يقبله عادة موكل عادى يوجد فى نفس الظروف . ولكن للوكيل أن يتبين الاتجاه المحتمل لإرادة الموكل من الظروف ، أى من عناصر ليست شخصية محضة » (أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٣ ص ٢١٦) .

الأوراق المالية بسعر معين لا رهنها ، وهو لم يفكر فى رهنها إلا بعد أن عجز عن بيعها بهذا السعر ، وقد وجد الوكيل مشترياً بالسعر المطلوب ، فهذه ظروف يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على بيعها . وفى المثل الثانى يثبت الوكيل أن الموكل لم تكن له مصلحة فى استبقاء المواشى والآلات الزراعية بعد بيع الأرض ، وأنه إنما اقتصر على التوكيل فى بيع الأرض حتى ييسر على الوكيل إيجاد مشتر يرغب فى شراء الأرض دون المواشى والآلات الزراعية ، وقد وجد الوكيل مشترياً يرغب فى شراء ذلك كله ، فهذه ظروف يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا البيع (١) .

---

(١) ويتبين من هذا الشرط الأول أن الوكيل قد يجاوز حدود الوكالة ، ولا يقتصر على مجرد مخالفة تعليمات الموكل فى طريقة تنفيذ الوكالة **(mode d'exécution du mandat)** ، وسنرى فيما يلى على أى أساس قانونى تبقى الوكالة قائمة فيما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة . ويذهب الأستاذ محمد على عرفة إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى سالفة الذكر « قد نقلت محرفة عن النصوص المقابلة لها فى التشريعات الأجنبية التى تجيز للوكيل فى مثل هذا الفرض أن يخالف تعليمات الموكل **(instructions)** .. ولا تتعدى ذلك إلى إباحة الخروج عن حدود الوكالة . وفرق بين مخالفة التعليمات التى تقع بتغيير طريقة التنفيذ فحسب . . والتجاوز كلية عن حدود الوكالة الذى تنتفى معه نيابة الوكيل عن الموكل » (محمد على عرفة ص ٣٧٨) .

والنصوص المقابلة لنص المادة ٢/٧٠٣ مدنى فى التقنينات الأجنبية هى – كما يتبين من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الجزء الثالث فى العقود المسماة ص ٥٦٦ – المشروع الفرنسى الإيطالى م ٥٧٢ ، وتقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٩ و٧٨٧ ، والتقنين المدنى الألمانى م ٦٦٥ ، وتقنين الالتزامات السويسرى م ٣٩٧ ، والتقنين البولونى م ٢/٥٠٢ . وفيما عدا التقنين البولونى الذى ذكر أن الوكيل ينحرف عن التعليمات التى يتلقاها فى شأن طريقة تنفيذ الوكالة **(s' écarte des instructions qu'il a reçues** ***coneernant le mode d'exécution du mandat*)** تقتصر التقنينات الأخرى على ذكر التعليمات التى يتلقاها الوكيل ، دون أن تقيد هذه التعليمات بأنها متعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة ، بل تطلق النص فتجعله عاماً يشمل التعليمات المتعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة والتعليمات المتعلقة بحدود الوكالة نفسها . وقد حاذى نص التقنين المدنى المصرى بوجه خاص نص المادة ٥٧٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو مطلق كما قدمنا ، لم يقيد التعليمات التى يتلقاها الوكيل وينحرف عنها بأن تكون تعليمات متعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة ، بل عمم لفظ « التعليمات » فشمل التعليمات المتعلقة بطريقة تنفيذ الوكالة والتعليمات المتعلقة بحدود الوكالة .

فسواء وقفنا عند نص التقنين المدنى المصرى دون نظر إلى مصادره التشريعية ، أو نظرنا إلى هذه المصادر ، ليس هناك ما يبرر قصر النص على حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ . دون حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بحدود الوكالة . على أن حالة =

ثانيا — أنه كان من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفاً بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة ، ولو أنه تراخى فى عقد الصفقة حتى يخطر الموكل لضاعت عليه ، فأقدم على عقدها قبل هذا الإخطار .

واستيفاء كل من هذين الشرطين يكون محلا لتقدير قاضى الموضوع (١) .

فإذا توافر الشرطان اعتبر الوكيل نائباً عن الموكل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وانصرف أثر العقد إلى الموكل فيما كان داخلا فى حدود الوكالة وفيما كان خارجاً عنها على السواء . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا توافر هذان الشرطان نفذ فى حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل ، علم الغير أو لم يعلم بمجاوزة هذا الوكيل لحدود الوكالة »(٢) . ويلاحظ أن انصراف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل إلى الموكل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة لا يأتى من أن الوكيل فضولى فيما جاوز فيه هذه الحدود ، لأنه يرجع على الموكل ويرجع عليه الموكل بموجب عقد الوكالة ذاته ، لا بموجب قواعد الفضالة وهى عادة تكون

= مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ لم تكن فى حاجة إلى نص خاص ، فإن التقنين المدنى الفرنسى لا يشتمل على هذا النص ، ومع ذلك يذهب الفقه الفرنسى إلى نفاذ تصرف الوكيل ولو انطوى هذا التصرف على تعديل ضرورى فى طريقة تنفيذ الوكالة كان الموكل يوافق عليه لو أخطر به (جيوار فقرة ٢٠٢ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٦١٧) .

انظر فى المعنى الذى تقول به وأنه لا يوجد مبرر للقول بأن النص يقتصر على حالة مخالفة الوكيل لتعليمات الموكل الخاصة بطريقة التنفيذ فحسب دون حالة التجاوز كلية من حدود الوكالة : أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٣ ص ٢١٧ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أنه يجوز له (للوكيل) أن ينقص أو يزيد وأن يعدل بوجه عام فى حدود الوكالة مع بقائه وكيلا ، وذلك بشرطين : (١) أن تكون الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف ، كما إذا وكل فى بيع قدر معين من الأرض فتهيأت له صفقة رابحة وباع قدراً أكبر ، أو وكل فى الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن رسمى . وإذا قام نزاع بين الوكيل والموكل فى تحقق هذا الشرط ، كان الأمر محلا لتقدير القاضى . (ب) أن يستحيل على الوكيل إخطار الموكل مقدماً بتصرفه . ويترك تقدير هذا أيضاً للقاضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٦ — ص ٢٠٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧ .

أضيق من قواعد الوكالة . ولايأتى انصراف أثر العقد إلى الموكل من أن هناك وكالة ظاهرة ، فقد يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل عالماً بمجاوزة هذا لحدود الوكالة ويرتضى مع ذلك التعامل معه ، وشرط الوكالة الظاهرة أن يكون الغير معتقداً أنه يتعامل مع وكيل فى حدود وكالته كما سيجىء . وإنما يأتى انصراف أثر العقد إلى الموكل من أن هناك نيابة قانونية أضفاها القانون على الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وقد أقام القانون هذه النيابة على أساس إرادة مفترضة — لا صريحة ولاضمنية — من جانب الموكل ، فقد دلت الظروف على أن الموكل « ماكان إلا ليوافق » على تصرف الوكيل . فافترض القانون — والظروف تبرر هذا الافتراض — أن الموكل قد صدرت منه موافقة أى توكيل فيما جاوز فيه الوكيل الحدود الأصلية للوكالة . لذلك كان نص المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى سالفة الذكر أصدق دلالة على قيام إرادة مفترضة من جانب الموكل ، إذ يقول : « وكانت الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف »[١] . وبقاء الوكيل نائباً حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة تؤكده المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « على أنه يجوز له أن ينقص أويزيد وأن يعدل بوجه عام فى حدود الوكالة مع بقائه وكيلا ، وذلك بشرطين . . »[٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٠ — وانظر آنفاً فقرة ٢٤٦ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٦ — وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش — والأدق أن يقال « مع بقائه نائباً » ، لا أن يقال « مع بقائه وكيلا » . ومن المسلم أن النيابة قد تقوم دون وكالة كما أن الوكالة قد تقوم دون نيابة ، وسنرى نظيراً لذلك الوكالة الظاهرة فهى أيضاً نيابة قانونية تقوم دون وكالة (انظر ما يلى فقرة ٣٠٨) .

قارن فى ذلك أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٣ ص ٢١٦ هامش ١ وص ٢١٧ : ويبرر قيام الوكالة فيما جاوز فيه الوكيل حدودها على أساس أنه لا حق بلامصلحة ، فلا يملك الموكل « أن يتبرأ من تصرف لا مصلحة له فى استبعاده بدليل رجحان الظن بأنه هو نفسه ماكان إلا ليوافق عليه » . ثم يذهب إلى أن النص سيكون محدود التطبيق فى العمل فيقول : « ونعتقد مع ما تقدم أن تطبيق هذا النص سيكون محدوداً فى العمل ، أولا لأن الغير لا يقبل التعامل مع الوكيل خارج حدود وكالته ، وثانيا لأن تطبيق المعيار الشخصى السابق ذكره — والخاص باحتمال موافقة الموكل — هو تطبيق بالغ الدقة لا سيما فى حالة الخروج عن مضمون الوكالة أصلا ، وقلما يطمئن القاضى عملا إلى توفر هذا الشرط » (فقرة ١٧٣ ص ٢١٧ — ص ٢١٨) . ومع ذلك فقد رأينا أن كثيراً من التقنينات الأجنبية الهامة قد اشتملت على نظير لهذا النص (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) ، وهذا لا يتفق مع القول بأن النص محدود التطبيق فى العمل .

وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى سالفة الذكر : « وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » . ذلك أن المفروض هو أن الوكيل كان يستحيل عليه إبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة قبل أن يخرج عن هذه الحدود ، فيجب عليه إذن ، بعد أن خرج ، أن يخطر الموكل بذلك بمجرد تمكنه من هذا الإخطار. وليس الغرض من الإخطار أن يحصل الوكيل على موافقة الموكل ، فهذه الموافقة قد افترضها القانون كما قدمنا ، وإنما الغرض منه أن يجنب الوكيل الموكل مباشرة تصرف يتعارض مع التصرف الذى باشره الوكيل ، كأن يبيع الموكل ما سبق أن باعه الوكيل مجاوزاً حدود الوكالة . لذلك لا يكون الإخطار شرطاً فى انصراف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل ، فهذا التصرف قد انصرف أثره إلى الموكل بمجرد أن باشره الوكيل . لكن تأخر الوكيل فى إخطار الموكل يجعله مسئولا عن تعويض هذا الأخير فيما لو باشر تصرفاً يتعارض مع تصرف الوكيل ، فيكون مسئولا فى المثل المتقدم عن تعويض الموكل الذى باع ما سبق أن باعه الوكيل عن ضمان الاستحقاق الذى ترتب فى ذمة الموكل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجب على الوكيل أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بما أدخله على الوكالة من تعديل ، فإن تأخر لم يؤثر ذلك فى اعتباره وكيلا فيما قام به من العمل ، وإنما يكون مسئولا عن التعويض إذا ترتب على التأخير ضرر للموكل ، كما إذا باع هذا لمشتر آخر القدر الزائد من الأرض الذى باعه الوكيل مجاوزاً حدود الوكالة فرجع المشترى عليه بضمان الاستحقاق »[1] .

وقد افترضنا فيما قدمناه أن الشرطين الواجبين لانصراف أثر تصرف الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة إلى الموكل قد توافرا . أما إذا اختل الشرطان أو أحدهما ، بأن عجز الوكيل عن إثبات أن الظروف كانت بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل ، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل قبل مباشرته للتصرف ليحصل على موافقته فلم يفعل ، فإن الوكالة فى هذه الحالة لا تعتبر إلا فى حدودها المرسومة أصلا ، وفيما جاوز الوكيل فيه هذه الحدود يجوز أن يعتبر فضولياً إذا توافرت شروط الفضالة ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧ .

كما يجوز أن يعتبر وكيلا ظاهراً إذا كان الغير الذى تعامل معه اعتقد بحسن نية أنه لم يجاوز حدود الوكالة وتوافرت شروط الوكالة الظاهرة . فإذا لم تتوافر شروط الفضالة ولاشروط الوكالة الظاهرة ، توقف تصرف الوكيل فيماجاوز فيه حدود الوكالة على إقرار الموكل ، فإن لم يقره لم ينصرف أثره إليه وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن[1] وسيأتى بيانها .

§ ٢ — العناية الواجبة فى تنفيذ الوكالة

٢٥٠ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧٠٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد » .

« ٢ — فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد »[2] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٦٣٨/٥٢١ »[3] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما إذا لم يتوافر الشرطان المتقدمان ، بأن كانت الظروف لا يمكن أن يفترض معها أن الموكل كان يوافق على تصرف الوكيل ، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل مقدماً بتصرفه ولم يفعل ، فلا تعتبر الوكالة إلا فى حدودها المرسومة . أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود ، فتتبع الأحكام المقررة فى ذلك : انظر م ٩٩٠ — ٩٩١ من المشروع وسيأتى بيانها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٧٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٦ فى المشروع النهائى . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلا لفظياً طفيفاً فى الفقرة الأولى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٣٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣) .

(٣) التقنين المدنى القديم م ٦٣٨/٥٢١ : والوكيل مسئول عن تقصيره الجسيم وعن عدم وفائه التوكيل باختياره . وهو مسئول أيضاً عن تقصيره اليسير إذا كان له أجرة متفق عليها . (والتقنين المدنى القديم يسير على نظرية تدرج الخطأ ، وقد هجرت هذه النظرية ، وأخذ التقنين المدنى الجديد بنظرية عناية الرجل المعتاد فى معياريها الشخصى والموضوعى كما سنرى : انظر ما يلى فقرة ٢٥٠ — وتسرى أحكام التقنين المدنى القديم إذا كانت الوكالة قد عقدت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٧٠ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٧٠٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٣٤ — ٩٣٥ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٨٥ — ٧٨٦ و ٧٩٠[1] .

٢٥١ — نظرية تدرج الخطأ والنظرية الحديثة : ويخلص من هذا النص أن التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . وقد يكون التصرف القانونى محل الوكالة يتضمن التزاماً بتحقيق غاية كالبيع والرهن ، أو يتضمن التزاماً ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة ، ولكن التوكيل فى أي تصرف قانونى ولو كان يتضمن التزاماً بتحقيق غاية ينشئ فى جانب الوكيل التزاماً بالقيام بهذا التصرف بقدر معين من اليقظة ، ويكون دائماً التزاماً ببذل عناية[2] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣٤ (موافق) .

م ٩٣٥ : المال الذى قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة فى يده ، فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان . وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٨٥ : على الوكيل أن يعنى بتنفيذ الوكالة عناية الأب الصالح .

م ٧٨٦ : يجب التشدد فى تفسير الموجبات المنصوص عليها فى المادة السابقة : أولا — إذا كانت الوكالة مقابل أجر . ثانيا . إذا كانت فى مصلحة قاصر أو فاقد الأهلية أو فى مصلحة شخص معنوى .

م ٧٩٠ : إن الوكيل مسئول عن الأشياء التى استلمها من طريق الوكالة ، وفاقاً للشروط المنصوص عليها فى المواد ٦٩٦ و ٦٩٧ و ٧١١ ، و ٧١٢ و ٧١٤ و ٧١٥ (وهى خاصة بالوديعة) — وإذا كانت الوكالة مقابل أجر ، فإن تبعة الوكيل تخضع لأحكام المادة ٧١٣ (وهى خاصة بالوديعة بأجر) . (وأحكام التقنين اللبنانى فى مجموعها تقارب أحكام التقنين المصرى) .

(٢) انظر مازو فى المسئولية ١ فقرة ٧٠٦ — ١٨ ص ٦٧٤ — وتطبيقاً لذلك تقضى المادة ٧١٠ مدنى ، كما سنرى ، بأن الموكل يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة ، حتى لو لم يحقق الغرض المقصود منها .

وهناك نظرية قديمة مهجورة هي نظرية تدرج الخطأ ، تقسم الخطأ العقدى غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه . وتقسم العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة وفيها لا يسأل المودع عنده إلا عن الخطأ الجسيم ، وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار وفيه يسأل المستأجر عن الخطأ اليسير ، وعقد لمنفعة المدين وحده كالعارية وفيها يسأل المستعير حتى عن الخطأ التافه . وقد سار التقنين المدنى القديم على هذه النظرية ، فجعل الوكيل مسئولا عن الخطأ اليسير إذا كانت الوكالة مأجورة لأنها تكون فى هذه الحالة لمنفعة المتعاقدين معاً ، وجعله غير مسئول إلا عن الخطأ الجسيم إذا كانت الوكالة غير مأجورة لأنها تكون فى مصلحة الدائن وحده . أما التقنين المدنى الجديد فقد نبذ هذه النظرية العتيقة ، وأخذ بالنظرية الحديثة فى معيار الخطأ العقدى ، فقضى بأن المدين فى التزام ببذل عناية « يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » (م ٢١١/١ مدنى) . وقد رأيناه بطبق هذه النظرية فى الإيجار بعد أن لاحظ أنه فى مصلحة المتعاقدين معاً ، فقضى بأنه يجب على المستأجر أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣/١ مدنى) . ورأيناه يطبقها فى العارية بعد أن لاحظ أنها فى مصلحة المستعير دون المعير ، فقضى بأنه يجب على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشىء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ما له دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١/١ مدنى) . وسنراه يطبقها فى الوديعة بعد أن لاحظ أنها فى مصلحة المودع دون المودع عنده إذا كانت غير مأجورة ، وفى مصلحة المتعاقدين معاً إذا كانت مأجورة ، فقضى بأنه يجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، وأن يبذل عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة مأجورة (م ٧٢٠ مدنى) . وها نحن الآن نراه يطبقها فى الوكالة فيميز ، كما ميز فى الوديعة ، بين ما إذا كانت الوكالة بغير أجر فتكون فى مصلحة الموكل دون الوكيل ويكون الوكيل مسئولا عن العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل

المعتاد ، أوكانت الوكالة بأجر فتكون فى مصلحة المتعاقدين معاً ويكون الوكيل مسئولا عن عناية الرجل المعتاد[1] .

ونرى من ذلك أن التقنين المصرى الجديد اعتنق النظرية الحديثة فى المسئولية عن الخطأ العقدى ، والتزمها فى تطبيقاتها المتكررة فى العقود المختلفة[2] .

٢٥٢ — مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ مدنى ، فى صدد المسئولية عن الخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية ، على ما يأتى : « وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . فالوكيل ، مأجوراً كان أوغير مأجور ، يكون دائماً مسئولا فى تنفيذ الوكالة عن غشه وعن خطأه الجسيم ، حتى لو اتفق مع الموكل على إعفائه من هذه المسئولية[3] .

فيكون الوكيل مسئولا عن تعمده عدم تنفيذ الوكالة دون أن يتنحى عنها فى الوقت المناسب . ويكون مسئولا ، إذا وكل فى بيع شىء دون تحديد قيمته ، عن تواطؤه مع المشترى على تخفيض الثمن[4] . وإذا كان فى يده مال للموكل ، لم يجز له أن يستعمله فى مصلحة نفسه . فإذا فعل ذلك بنية تملكه كان مبدداً ، وتحققت مسئوليته الجنائية ومسئوليته المدنية ، وفى جميع الأحوال تجب عليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه ، من وقت استخدامها (م٧٠٦/٢مدنى)

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجب أن يبذل الوكيل فى تنفيذه الوكالة القدر الواجب من العناية . وقد حدد المشروع هذا القدر مطبقاً فى ذلك المادة ٢٨٨ من المشروع ، وقد سبق أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والعارية والوديعة . فالوكيل إذا كان مأجوراً يطلب منه عناية الرجل المعتاد . أما إذا كان غير مأجور ، فلا يطلب منه أن يبذل من العناية إلا ما يبذله فى أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المعتاد . وهذه هى المعايير التى تتمشى مع التطور الحديث للمسئولية التعاقدية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧) .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٢٨ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩٠٩ — وانظر فى تطبيقات مختلفة للغش أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٩٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بعدم سريان الإقرار الصادر من الوكيل بصحة السند الذى طعن فيه الموكل بالتزوير متى كان هذا الإقرار وليد الغش والتواطؤ بين الوكيل والخصم (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص ١٠٧٢) .

وسيأتى تفصيل ذلك . وإذا كان موكلا فى إدارة أرض زراعية مثلا ، وأجر الأرض بأجرة بخسة متواطئاً فى ذلك مع المستأجر كان مسئولا عن غشه . وإذا أهمل فى تقاضى الأجرة حتى تمكن المستأجر من نقل محصولاته[1] ، أو أهمل فى دفع الضريبة (الأموال) فحجز على الأرض لاستيفائها ، فيغلب أن يكون إهماله هذا خطأ جسيما ويكون مسئولا عنه . وإذا كان وكيلا فى الإقراض ، فأقرض شخصاً ظاهر الإعسار أومعروفاً بالمماطلة ، ولم يأخذ تأمينات لضمان القرض أو أخذ تأمينات يعرف ألا قيمة لها أو أن قيمتها غير كافية ، كان هذا خطأ جسيما يستوجب مسئوليته . وإذا كان وكيلا فى بيع مال للموكل لم يجز له أن يشتريه لنفسه دون إذن الموكل كما سبق القول[2] ، فإذا فعل وترتب على ذلك أن أضاع على الموكل صفقة رابحة تهيأت بتقدم مشتر للمال بثمن عال ، كان هذا خطأ جسيما وكان الوكيل مسئولا عنه . وإذا تعمد الوكيل مجاوزة حدود وكالته فى غير مصلحة للموكل ، ولكنه ألزم الموكل بالعقد الذى أبرمه مع الغير حسن النية لتوافر شروط الوكالة الظاهرة على النحو الذى سنبينه فيما يلى ، رجع الموكل على الوكيل بتعويض الضرر الذى أصابه من ذلك ، إذ يكون الوكيل قد ارتكب غشاً أوفى القليل خطأ جسيما فى تنفيذ الوكالة . وإذا وكل محام فى الطعن فى حكم ، ولم يرفع الطعن فى الميعاد القانونى عن تقصير ، كان هذا خطأ جسيما يستوجب مسئوليته[3] . وإذا اتصل بخصم موكله وأمده بمعلومات تضر بمصلحة موكله ، أو أفشى أسرار المهنة ، كان هذا غشاً يشدد

---

(١) أو ترك الأجرة تسقط بالتقادم ، وقد قضت محكمة النقض بأن الوكيل فى الإدارة يكون مسئولا عن خطأه الجسيم إذا هو رحل المتأخرات من سنة لأخرى ، وقعد عن المطالبة بها حتى سقطت بالتقادم (نقض مدنى ٣ نوفبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٨٥ ص ٥٤٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٩ .

(٣) وإذا اتفق محام مع موكله على الحضور عنه أمام المحكمة الاستئنافية ولم يحضر ، كان هذا خطأ يستوجب مسئوليته (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٦ ص ٩١٦) . وكذلك يكون مسئولا إذا ترك حكماً غيابياً لمصلحة موكله وكل فى تنفيذه يسقط من جراء عدم تنفيذه خلال ستة شهور (استئناف وطنى ٢٤ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٨ ص ٢٦) . وإذا نزل الوكيل عن مرتبة الرهن التى ثبتت لموكله ، وذلك لمصلحة أخته ، كان هذا خطأ جسيماً يستوجب مسئوليته (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٣) .

من مسئوليته[1] . وإذا خالف الوكيل شروط الموكل فى كيفية استغلال المال ، واستغله فى غير مصلحة الموكل ، كان هذا خطأ جسيما ، ووجب رد المال مع فوائده القانونية[2] .

٢٥٣ — مسئولية الوكيل عن الخطأ العادى : أما إذا كان الخطأ عادياً ، أى خطأ يسيراً ، فإنه يجب التمييز بين ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة كما هو صريح نص المادة ٧٠٤ سالفة الذكر.

فإن كانت الوكالة مأجورة ، وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها عناية الشخص المعتاد[3] ، أى أن المعيار هنا يكون معياراً موضوعياً لا شخصياً[4] . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها هو فى شؤون نفسه ، كان مع ذلك مسئولا ، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية.

---

(١) وقد نصت المادة ٢٠٧ مرافعات على أنه « لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ، ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جناية أو جنحة » .
وتنص المادة ٢٠٨ مرافعات على ما يأتى : « ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين فى المادة السابقة أن يؤدوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم ، على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم » .

ونصت المادة ٣٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أنه « استثناء من حكم المادة ٢٠٨ من قانون المرافعات ، للمحامى أن يمتنع من أداء الشهادة عن الأمر أو الإيضاحات المنصوص عليها فى المادة ٢٠٧ إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة . ولا يجوز تكليف المحامى أداء الشهادة فى نزاع وكل أو استشير فيه » . ونصت المادة ٣٥ من نفس القانون على ما يأتى : « على المحامى الحاضر عن خصم أن يمتنع عن سب الخصوم وذكر الأمور الشخصية التى تسيئهم واتهامهم بما يمس شرفهم أو سمعتهم ، ما لم تستلزم ذلك حالة الدعوى أو ضرورة الدفاع عن مصالح الموكل » .

وانظر فى إنشاء سر المهنة : استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٩ — الإسكندرية المختلطة ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٦ .

(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٠ .

(٣) وتكون الوكالة فى حكم المأجورة ، فتطلب فيها عناية الشخص المعتاد ، إذا عقدت لمصلحة الوكيل حتى لو كانت بغير أجر (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٧٠) .

(٤) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٥ .

أما إذا بذل عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون قد نفذ التزامه ، ولا يكون بعد ذلك مسئولا عن ضرر يصيب الموكل حتى لو ثبت أنه كان يستطيع توقى هذا الضرر لو بذل عنايته فى شؤون نفسه ، لأنه غير مسئول إلا عن عناية الشخص المعتاد ولو نزلت هذه العناية بمعيارها الموضوعى عن عنايته بشؤون نفسه بمعيارها الشخصى .

أما إذا كانت الوكالة غير مأجورة ، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن بذل عنايته فى شؤون نفسه بالمعيار الشخصى إذا كانت هذه العناية هى دون عناية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعى . فإذا كانت عنايته الشخصية هى أعلى من عناية الشخص المعتاد ، لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعى دون عنايته الشخصية بالمعيار الشخصى . والسبب فى ذلك واضح ، فإنه وكيل غير مأجور وهو متفضل بتبرعه ، فلا يجوز أن يكون مسئولا عن أكثر من عناية الشخص المعتاد ، كما لا يجوز أن يكون مسئولا عن أكثر من عنايته الشخصية ، فلا يكون مسئولا إذن إلا عن أدنى العنايتين . وشأنه فى ذلك شأن المودع عنده غير المأجور على ما سنرى[1] . وهذا بعكس المستعير الذى لا يولى تبرعاً بل يتلقاه ، فيكون مسئولا عن أعلى العنايتين عناية الشخص المعتاد وعنايته الشخصية[2] .

وتطبيقاً لما قدمناه يكون الوكيل مسئولا إذا تأخر فى تنفيذ الوكالة دون مبرر[3] فأضاع على الموكل صفقة رابحة ، ما لم يكن غير مأجور وكان معروفاً بالتهاون فى شؤونه الخاصة . وإذا كان موكلا فى قبض دين فتهاون حتى انقضى الدين بالتقادم[4] ، كان مسئولا ، إلا إذا كان غير مأجور وكان نظراً لقصوره الشخصى لا يدرك معنى انقضاء الدين بالتقادم . وإذا كان

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٣٥٦ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٨٦٠ .

(٣) استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨٢ – ١٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٢٤ – بون ١ فقرة ٩٩٥ – جيوار فقرة ١٠٥ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٦٠١ ص ٣١٦ .

(٤) جيوار فقرة ١٠٤ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٦٠١ ص ٣١٧ – أو نزل عن جزء من الدين إضراراً بالموكل (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥) .

موكلا فى شراء منزل ، وكان بالمنزل عيوب ظاهرة لا تخفى على الشخص العادى ، كان مسئولا عن ذلك نحو الموكل[١] ، فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تخفى عليه هو لم يكن مسئولا . أما إذا كانت العيوب خفية ولم يدركها ، وكان من اليقظة بحيث كان يستطيع إدراكها لو بذل عنايته الشخصية ، فإنه لا يكون مسئولا عنها ، سواء كان مأجوراً أو غير مأجور . ذلك أنه إذا كان مأجوراً لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد والمفروض أن كشف العيوب يتطلب عناية أكبر ، وإذا كان غير مأجور لم يكن مسئولا عن أزيد من عناية الشخص المعتاد ولو كانت عنايته الشخصية أعلى من ذلك . ولكن الموكل يستطيع فى هذا الفرض أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية . ويجب على الوكيل أن يتخذ الاحتياطات المألوفة للمحافظة على مال الموكل من التلف أو الضياع ، فإذا كان المال بضاعة تنقل من مكان إلى آخر ، وكان المألوف التأمين على مثل هذه البضاعة عند نقلها ، وجب عليه أن يؤمن عليها وإلا كان مسئولا إذا تلفت أو ضاعت فى الطريق[٢] . ومع ذلك لا يكون مسئولا إذا كان الموكل نفسه لا يؤمن على البضاعة لو كان هو الذى تولى نقلها بنفسه[٣] ، أو كان الوكيل غير مأجور ولا يؤمن على البضاعة لو أنها كانت بضاعته[٤] . وإذا باع الوكيل أو أقرض مال الموكل ، لم يكن مسئولا عن يسار المشترى أو المقترض ، ما لم يكن ظاهر الإعسار فقد قدمنا أن الوكيل

---

(١) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٦٠٣ وفقرة ٦٠٧ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١٠ – وإذا وكل شخص فى شراء بضائع فى المزاد بأثمان معينة ، فلم يدخل المزاد فى بعضها ، ودخل فى بعض آخر عارضاً ثمناً غير الثمن المتفق عليه ، كان مسئولا عن هذا الخطأ ، ولا حق له فى الأجر (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٥٧) . ولا يكون الوكيل مسئولا إذا باع بضاعة قابلة التلف (كانت البضاعة بصلا) بثمن أقل من الثمن الذى عينه الموكل ، إذا أثبت الوكيل أنه ما كان يستطيع البيع بأعلى من هذا الثمن ولو امتنع عن البيع لتلف البضاعة (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٢) .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١١ – أو لم يسجل الكتاب الذى يرسل فيه الموكل نقودا أو أشياء ثمينة أخرى ، بل يرسلها فى كتاب عادى غير موصى عليه (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١١) .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٧٩ – جيوار فقرة ١٠٥ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٦٠٣ ص ٣١٨ .

(٤) محمد على عرفة ص ٣٧٨ .

يرتكب فى هذه الحالة خطأ جسيما يكون مسئولا عنه سواء كان مأجوراً أو غير مأجور[1] .

---

(١) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٠٤ – أما إذا كان غير ظاهر الإعسار ولكن كان من اليسير على الوكيل أن يعلم أنه معسر لو بذل العناية المألوفة فى حالة الوكالة بأجر ، أو لو بذل عنايته الشخصية فى حالة الوكالة بغير أجر ، فإنه يكون مسئولا (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١٠ – محمد على عرفة ص ٣٧٩) .

وعلى هذا النحو يكون الوكيل مسئولا عن الخطأ بمعياره الموضوعى أو بمعياره الشخصى بحسب الأحوال ، إذا أساء تقدير الصفقة التى عقدها وهل هى رابحة أو خاسرة (نقض فرنسى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٧ – ١ – ٢٨٣) ، أو لم يتخذ الإجراءات اللازمة لسلامة الصفقة (نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢١ – ١ – ١٥٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٢ ص ٩١٠) ، أو لم يطلب زيادة الأجر تطبيقاً لأحكام التشريعات الاستثنائية فى الإيجار (السين ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣ – ٦٣) ، أو يرفع دعوى عن رعونة دون أن يتثبت من سلامة الادعاء (نقض فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٤٦) ، أو لم يتثبت من ملكية البائع فى تحرير عقد البيع للمشترى (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٧) .

وإذا كانت الوكالة فى صلح فعقد الوكيل الصلح فى حدود الوكالة ، انصرف أثر الصلح إلى الموكل ، ولكن الوكيل يكون مسئولا قبل الموكل إذا لم يبذل العناية الواجبة فى تحرى مصلحة الموكل وترتب على ذلك أن ألحق الصلح بالموكل غبناً (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص ٨٥) . وإذا كان العرف أو القانون فى البلد الذى شحنت إليه البضاعة يحول دون تنفيذ تعليمات البائع من عدم تسليم سندات الشحن إلا بعد دفع قيمتها بالاسترلينى ، وكان البائع قد اشترط عند عدم الدفع تخزين البضاعة والتأمين عليها ، فإنه يكون من الواجب على البنك الذى وكل فى هذا العمل إما التنحى عن قبول الوكالة أو القيام بتخزين البضاعة وفقاً لتعليمات المرسل ، فإن خالف ذلك وسلم السندات كان مسئولا عن عمله (نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٧ ص ١٤٦١) . ولما كان إيجار الوقف فى عهد التقنين المدنى القديم يجوز بالغبن الفاحش ، كان القضاء يقصر ذلك على العلاقة فيما بين الناظر والمستأجر دون العلاقة فيما بين الناظر والمستحقين . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القول بأن ناظر الوقف له أن يؤجر أعيانه ولو بغبن فاحش إنما هو خاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر المؤجر له ومن يخلفه فى النظر ، ولا يتعدى ذلك إلى المستحقين ولا يسرى عليهم ، لأن الناظر إذا كان يتقاضى أجراً يعتبر مسئولا أمامهم عن تقصيره وفقاً للقواعد الخاصة بعقد الوكالة ، وإذن فمتى كان الواقع هو أن ناظر الوقف الذى يتقاضى أجراً قد أجر أعيان الوقف بغبن فاحش ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذه الأجرة فى علاقة الناظر بالمستحق وألزمه بأجر المثل لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٣ ص ١٥٥١) . ولكن لا محل لطلب تعويض لبيع أقطان بأقل مما تساوى ، إذا فوض صاحب =

٢٥٤ – عدم مسئولية الوكيل عن السبب الأجنبي : وككل مدين لا يكون الوكيل مسئولا عن السبب الأجنبي . فإذا كان الضرر الذى أصاب الموكل من جراء تنفيذ الوكالة راجعاً إلى قوة قاهرة أوحادث فجائى أو فعل الغير أوخطأ الموكل نفسه ، فإنه يكون ضرراً ناجماً عن سبب أجنبي ، ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولا عنه(١) .

وتطبيقاً لذلك يكون الوكيل غير مسئول إذا وكل فى شراء منزل أو فى بيعه ، وقبل تنفيذ الوكالة احترق المنزل بقوة قاهرة أو انهدم فى غارة جوية ، فأصبح تنفيذ الوكالة مستحيلا بقوة قاهرة أو بحادث فجائى(٢) .

وكذلك لا يكون الوكيل مسئولا إذا وكل فى قبض دين ، فصدرقانون بوقف دفع الديون (moratorium) ، فلم يستطع الوكيل لهذه القوة القاهرة أن ينفذ الوكالة ويقبض الدين . ولايكون مسئولا للتأخر فى تنفيذ الوكالة إذا اقتضى تنفيذها الانتقال إلى مكان آخر ، فانقطعت سبل المواصلات لحرب أو ثورة أوقوة قاهرة أخرى . ولايكون مسئولا إذا وكل فى التعاقد مع شخص بالذات لاعتبارات شخصية فيه فمات هذا الشخص قبل أن يتعاقد معه ، إذ يكون عدم تنفيذ الوكالة راجعاً إلى قوة قاهرة(٣) .

= الأقطان إلى الوكيل أن يبيعها عندما يريد ، ولم يثبت أن البيع حدث بأقل من الثمن الجارى يوم البيع (استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٨٢) . وانظر استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ – ٩ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٨٢ – ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٤ .

وانظر فى تطبيقات مختلفة للخطأ العادى أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ١٩٣ – فقرة ٢٠١ .

(١) ويرجع الوكيل على الموكل بما عسى أن يكون قد أنفقه فى تنفيذ الوكالة بالرغم من أن التنفيذ قد حال دون إتمامه سبب أجنبى ، فسنرى أن الوكيل يرجع بالمصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة مهما كان حظه من النجاح فى تنفيذها (م ٧٠ مدنى) : محمد على عرفة ص ٣٨٠ – وانظر ما يلى فقرة ٢٨٥ .

(٢) وقد قدمنا أنه لوكان المنزل قد احترق قبل التوكيل ، كانت الوكالة باطلة لاستحالة المحل (انظر آنفاً فقرة ٢٣٣ فى الهامش) . أما هنا فالمنزل قد احترق بعد التوكيل وقبل تنفيذ الوكالة ، فتنفسخ الوكالة لاستحالة التنفيذ ، ولا يكون الوكيل مسئولا عن التعويض لأن الاستحالة بسبب قهرى .

(٣) وإذا قبض الوكيل مالا للموكل فضاع أو تلف بقوة قاهرة ، لم يكن الوكيل مسئولا . =

وكذلك لا يكون الموكل مسئولا عما ينجم من الضرر فى تنفيذ الوكالة بفعل الغير . فإذا اقتضى هذا التنفيذ أن يودع الوكيل مال الموكل عند الغير ، وضاع هذا المال بفعل المودَع عنده ، لم يكن الوكيل مسئولا ، إلا إذا كان المودَع عنده تابعاً للوكيل فيكون مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع . ولا يكون المحامى مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن ضياع مستندات موكله ، إذا أثبت انه أودع هذه المستندات قلم كتاب المحكمة وأن هذا القلم هو الذى أضاعها[1]. وإذا وكل شخص فى قبض دين ، فلم يستطع أن ينفذ الوكالة لإعسار المدين ، لم يكن مسئولا ، والغير هنا هو المدين المعسر[2] . وعلى الوكيل أن يثبت إعسار المدين ، فإذا ادعى الموكل أن المدين لم يكن معسراً وقت التوكيل وقد تهاون الوكيل فى مطالبته حتى أعسر ، كان على الموكل أن يثبت دعواه ، فإذا أثبتها كان الوكيل مسئولا لتهاونه[3] .

وأخيراً لا يكون الوكيل مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن خطأ الموكل نفسه . فإذا كان الوكيل فى حاجة إلى بيانات من الموكل لتنفيذ وكالته فتلقى منه بيانات خاطئة ، أوكان فى حاجة إلى نقود يقدمها له الموكل فتأخر هذا فى تقديمها ، لم يكن الوكيل مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن ذلك[4] .

= وقد نصت المادة ٩٣٥ مدنى عراقى فى هذا الصدد على أن «المال الذى قبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة فى يده ، فإذا تلف دون تعد يلزمه الضمان . وللموكل أن يطلب إثبات الهلاك» .

(١) أنجيه ٩ يناير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ – ٢ – ٣٥٣ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٩٦ .

(٢) باريس ٩ فبراير سنة ١٨٩٣ جازيت دى پاليه ٩٣ – ١ القسم الثانى ص ٤٦ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٩٦ – ويكون الوكيل أيضاً غير مسئول لأن عدم تنفيذ الوكالة يرجع إلى فعل الغير الذى يتعامل معه ، إذا رفض هذا الغير التعاقد مع الوكيل (جيوار فقرة ١٠٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٩٦) .

(٤) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ١ – ٢٥٩ – جيوار فقرة ١٠٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٩٨ – ولايكون الوكيل ضامناً لهلاك الشىء ملك الموكل إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجىء أوقوة قاهرة ، ولو كان فى وسع الوكيل أن يتحاشى الهلاك باستعمال شىء من ملكه الخاص ، أوكان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشىء المملوك للموكل فاختار أن ينقذ ما يملكه . وهذا بخلاف المستعير فإنه يكون مسئولا فى هاتين الحالتين الأخيرتين (م ٦٤١/٢ مدنى) ، وذلك لأن المستعير يتلقى تبرعاً من المعير ، أما الوكيل – حتى لو كان بأجر – فلا يتلقى تبرعاً من الموكل (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٠٦ – وانظر عكس ذلك پون ١ فقرة ٩٩٨ – ترولون فقرة ٤٠٩) .

٢٥٥ — الإثبات: ولما كان التزام الوكيل التزام ببذل عناية كما سبق القول ، والموكل فى صدد مطالبته بتعويض لإخلاله بتنفيذ التزامه ، فإن الموكل هو الذى يقع عليه عبء إثبات عقد الوكالة وأن الوكيل لم يقم بتنفيذ التزامه أوقام بهعلى وجه معيب[1]، وأنه قد نجم عن ذلك ضرر أصاب الموكل . فإذا أثبت الموكل ذلك ، كان هذا إثباتاً لخطأ الوكيل العقدى . وللوكيل عند ذلك أن ينفى عن نفسه المسئولية بأن يثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبى ، فتنعدم علاقة السببية ، ولاتتحقق مسئولية الوكيل العقدية . ويجوز للوكيل أيضاً ، إذا أثبت الموكل عقد الوكالة ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك الموكل يثبت عليه الخطأ العقدى ، بل ينتقل من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً فبذل فى تنفيذ الوكالة كل العناية الواجبة[2] .

وإذا ادعى الموكل أنه قدم للوكيل مالا أوشيئاً لتنفيذ الوكالة وطلب حساباً عنه ، وجب عليه أن يثبت ذلك طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، وإذا كان عقد الوكالة ثابتاً بالكتابة جاز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يعزز بالبينة أو بالقرائن لإثبات دعوى الموكل[3] . أما إذا ادعى الموكل أن الوكيل قد تسلم من الغير

= وانظر فى تطبيقات مختلفة للسبب الأجنبى أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠٣ – فقرة ٢٠٤ .

(١) وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك (نقض فرنسى ٣ فبراير سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧–١–٢٦٨– ١١ نوفبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ – ١ – ٣٩ – ٢٦ أبريل سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ – ١ – ٤٧١ – ٢١ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ – ١ – ٤٤٧ – ٢ يوليه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٤٤٥ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ٤٨٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٦٩ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .

(٢) انظر فى كل ذلك الوسيط ١ فقرة ٤٢٩ ص ٦٦١ – وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٦٠ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧١ ص ٦١٣ – وإذا أراد الوكيل إثبات أنه قام بإبرام التصرف القانونى ، وجب عليه أن يثبت ذلك طبقاً للقواعد العامة للإثبات ، فلا يثبت إلا بالكتابة أوبما يقوم مقامها ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . أما إثبات الوقائع المادية التى صدرت من الوكيل فيكون بجميع الطرق (نقض فرنسى ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ – ١ – ٢٣٦ – ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ – ١ – ٣٧١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٦٢ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤) .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٦١– جيوار فقرة ١٣٨ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ .

مالا أو شيئاً لحساب الوكالة ، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن مهما بلغت القيمة ، لأنه لم يكن يستطيع فى هذا الفرض الحصول على إثبات كتابى[١] . وإذا كان الوكيل ملتزماً بموجب الوكالة أن يطالب الغير بشىء ، فمجرد عدم مطالبته إياه به يعتبر خطأ فى جانبه ، وليس على الموكل أن يثبت أن الغير سلم الشىء للوكيل[٢] ، وذلك ما لم يثبت الوكيل أن عدم مطالبته للغير بتسليم الشىء يرجع إلى سبب أجنبى[٣] .

وعلى الوكيل عبء إثبات الوجوه التى استعمل فيها المال أو الأشياء التى تسلمها من الموكل[٤] . أما المبالغ التى تسلمها الوكيل لحساب الموكل ولم يكن مفوضاً فى استعمالها ، فإنه يلتزم بدفعها للموكل ، فإذا ادعى هذا أن الوكيل استعملها لصالح نفسه وجب عليه إثبات ذلك[٥] ، وعندئذ يكون له الحق فى فوائدها بالسعر القانونى من وقت استخدام الوكيل لها (م ٧٠٦ مدنى) ، وسيأتى بيان ذلك .

٢٥٦ — التعويض : والتعويض الذى يرجع به الموكل على الوكيل من جراء خطأه فى تنفيذ الوكالة يكون بمقدار الضرر الذى أصاب الموكل بسبب هذا الخطأ . فإذا لم يكن هناك ضرر ، فلا تعويض . مثل ذلك أن يوكل دائن شخصاً فى التنفيذ على منزل لمدينه مرهون له ، فيقصر الوكيل فى اتخاذ إجراءات التنفيذ وينجم عن هذا التقصير أن يفوت على الموكل التنفيذ على هذا المنزل ، ثم

---

(١) نقض فرنسى ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ١ — ١٨٣ — جيوار فقرة ١٣٨ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٦٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ١١٣ — ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٢٤٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ وفقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤ — ١ — ٢١٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٦١ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ .

(٥) نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٤٥٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ — وله إثبات هذه الواقعة المادية بجميع الطرق (نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ — ١ — ٦٦ — ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤ — ١ — ٢١٣ .

يتبين أن دائناً مرتهناً متقدماً على الموكل استنفد ثمن المنزل استيفاء لحقه ، فلم يكن ليبقى شيء من الثمن يأخذه الموكل لو أن وكيله لم يقصر فى تنفيذ الوكالة[١] . أما إذا أصاب الموكل ضرر ، فإن التعويض يكون بمقدار هذا الضرر[٢] . فإذا فوت المحامى ميعاد رفع الدعوى أو ميعاد الطعن تقصيراً منه ، كان مسئولا عما كان الموكل يكسبه من رفع الدعوى أو الطعن فى الميعاد[٣] . وإذا قصر الوكيل فى قبض دين وكل فى قبضه حتى انقضى الدين بالتقادم ، كان مسئولا نحو الموكل بمقدار هذا الدين . وإذا كان فى يده مال للموكل فتلف أو ضاع بتقصيره ، كان مسئولا عن قيمة هذا المال . وإذا باع منزلا وكل فى بيعه بثمن بخس ، وكان يستطيع بيعه بثمن أعلى لو بذل العناية الواجبة ، كان مسئولا عن الفرق فى الثمن[٤] .

وقد يكون الوكيل موكلا فى بيع أرض ومنزل ، فيبيع الأرض بثمن أعلى من ثمن المثل والمنزل بثمن أدنى ، ويكون ماكسبه فى الأرض مساوياً أو أعلى مما خسره فى المنزل ، فلا تقع مقاصة بين المكسب والخسارة ، ويكون الوكيل مسئولا عما خسره فى المنزل دون أن يستنزل من هذه الخسارة ماكسبه فى الأرض . ذلك أن ماكسبه فى الأرض هو خالص حق الموكل ، فإن الوكيل

---

(١) نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ١٨٨ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ١٤٦ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٤٣ –فقرة ٦٤٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢ – وإذا ارتكب الوكيل خطأ وكان الموكل يستطيع تلافى الضرر فقصر فى تلافيه ، فقد يستغرق خطأ الموكل خطأ الوكيل فلا يكون هذا مسئولا (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ١ – ٢٥٩ – ٣ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٣٢١ – ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٠ ، داللوز ١٩٠١ – ١ – ٤٤٠) ، وقد يكون هناك خطأ مشترك فتخف مسئولية الوكيل (نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٤ – ١ – ٢٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢) .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٢ .

(٣) جرينوبل ١٢ يوليه سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٩ – ٢ – ٢٩٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٤٥ هامش ١ .

(٤) وإذا قصر الوكيل فى استغلال مبلغ وكل فى استغلاله ، كان مسئولا عن الضرر ولو زاد على فوائد هذا المبلغ بالسعر القانونى (نقض فرنسى ١٨ سبتمبر سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٣ – ٥ – ١٢٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٣) . أما إذا لم يفوض الوكيل فى استغلال المبلغ ، فأبقاه دون استغلال ، فإنه لا يكون مسئولا ، إلا إذا استعمله فى صالح نفسه فيكون مسئولا عن فوائده بالسعر القانونى كما سيأتى .

إذا استطاع التعاقد بشروط أفضل عاد نفع ذلك خالصاً للموكل[١] ، فلا يكون الموكل مديناً بهذا الكسب للوكيل حتى تقع مقاصة فيه مع ما خسره الوكيل فى المنزل ، وتبقى الخسارة ديناً فى ذمة الوكيل[٢] .

ومن صور التعويض أن يضيف الموكل الصفقة الخاسرة لحساب الوكيل ، فيترك له السلعة التى اشتراها بثمن أعلى أو من صنف أقل جودة ، أو التى تأخر فى شرائها فقلت فائدتها للموكل[٣] . وإذا اشترى الوكيل السلعة بثمن أعلى من الثمن الذى عينه الموكل ، ولم يرد أن يستبقيها لحسابه ، جاز له أن يلزم بها الموكل ولكن بالثمن الأدنى الذى عينه هذا الأخير[٤] .

٢٥٧ — التعديل الاتفاقى لقواعد المسئولية : ويمكن الاتفاق على تعديل القواعد سالفة الذكر ، فتشتد مسئولية الوكيل أو تخف أو يعفى منها .

مثل تشديد مسئولية الوكيل أن يشترط الموكل عليه ضمان الربح فى الصفقة التى يعقدها ، فيكون الوكيل مسئولا عن الخسارة حتى لو كان سببها قوة قاهرة .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٧ .

(٢) ديرانتون ١٨ فقرة ٢٤٤ — جيوار فقرة ١٠٨ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٦ —وانظر فى هذا المعنى بوتييه فى الوكالة فقرة ٥٢ — وانظر أيضاً المادة ١٨٥٠ مدنى فيما يتعلق بالشريك — وانظر عكس ذلك وأن الوكيل يستنزل المكسب من الخسارة ترولون فقرة ٤٠٣ — پون ١ فقرة ٩٩٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٣ ص ٩١٣ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٢ ص ٢٢٧ — والقضاء الفرنسى يسمح باستنزال المكسب من الخسارة إذا قام ارتباط بينهما ، بأن كان الوكيل لم يكن ليجنى المكسب لولا تحمله الخسارة (نقض فرنسى ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦ — ١ — ٣٠٣) ، أو انتظمت صفقة واحدة المكسب والخسارة فقدر الوكيل بعض الأشياء التى تشتمل عليها الصفقة تقديراً عالياً وقدر الأشياء الأخرى تقديراً بخسا (نقض فرنسى ١١ نوفبر سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ — ١ — ٣٠٣) . ولا يستنزل المكسب من الخسارة فى الوكالة غير المأجورة ، مادامت الخسارة قد نجمت عن عدم بذل الوكيل العناية الواجبة وهى أقل العنايتين من عنايته الشخصية وعناية الشخص المعتاد — وانظر أيضاً فى هذه المسألة أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٠٨ .

(٣) باريس ٢١ يوليه سنة ١٨٩٢ جازيت دى پاليه ٩٣ — ١ — ٦٧ — جيوار فقرة ٧٣ وفقرة ١١١ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٨ .

(٤) ترولون فقرة ٢٧ — جيوار فقرة ٧٤ وفقرة ١٠٢ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٤٩ ص ٣٥٢ — وانظر عكس ذلك وأن الوكيل لا يستطيع إلزام الموكل بالسلعة ولو بالثمن الأدنى پون ١ فقرة ٩٨٢ .

ومثل ذلك أيضاً أن يشترط الموكل على الوكيل أن يحمل هذا عبء الإثبات ، فلا يكون الموكل مكلفاً بإثبات خطأ الوكيل ، بل يكون الوكيل هو المكلف بنفى الخطأ . ومن أمثلة التشديد فى مسئولية الوكيل أن يتعهد بإتمام الصفقة مع شخص معين فيكون مسئولا لو رفض هذا الشخص التعاقد ، وتكون الوكالة فى هذه الحالة مقترنة بتعهد عن الغير (promesse pour autrui)[1].

ومثل تخفيف مسئولية الوكيل أن يشترط على الموكل ، إذا كانت الوكالة مأجورة ، ألا يكون مسئولا إلا عن عنايته الشخصية بشرط ألا تزيد عن عناية الشخص المعتاد . ومثل ذلك أيضا أن يشترط الوكيل على الموكل ألا يكون مسئولا عن التعويض إلا فى حدود مبلغ معين ، ولو زاد الضرر على هذا المبلغ .

وإعفاء الوكيل من المسئولية يكون بأن يشترط على الموكل ألا يكون مسئولا عن خطأه . ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوكالة مأجورة ، لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدى جائز . ولكن يبقى الوكيل ، بالرغم من هذا الشرط ، مسئولا عن الغش والخطأ الجسيم[2] ، إلا إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم واقعاً من أشخاص استخدمهم فى تنفيذ الوكالة واشترط عدم مسئوليتهم عنهم[3] .

---

(١) ويقابل التشديد فى المسئولية غالباً زيادة فى الأجر (ترولون فقرة ٣٧٣ – پون ١ فقرة ٩٩٩ – جيوار فقرة ١١٠)—وانظر فى تشديد المسئولية بتحميل الوكيل تبعة القوة القاهرة : نقض فرنسى ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ – ١ – ٢٠٠ – ٢ يوليه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ – ١ – ١٩٥ – باريس ١١ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ٢ – ٤١٥ – جيوار فقرة ١١٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٤١ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٥ ص ٩١٥ .

ويكون تشديداً لمسئولية الوكيل أن يكفل للموكل يسار الغير الذى يتعامل معه ، كما يفعل الوكيل بالعمولة عندما يكفل يسار المشترين ، ويسمى فى هذه الحالة وكيلا مصدقاً (commissionnaire ducroire) (كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٥٧ ص ٨٧٠) .

(٢) نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦ – ١ – ٢٨٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٣٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٥ .

(٣) انظر م ٢١٧/٢ مدنى — ويجوز للموكل ، بعد أن تتحقق مسئولية الوكيل ، أن ينزل عن دعوى المسئولية صراحة أو ضمناً (نقض فرنسى ٣ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٣٢١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٣٨ ص ٣٤٥) . وإذا نهى الموكل الوكيل عن تصرف معين وباشره الوكيل مع ذلك ، ثم أخطر الموكل ، فإن سكوت هذا الأخير إذا لم تقترن به ظروف =

§ ٣ – تعدد الوكلاء ونائب الوكيل

٢٤٨ – تعدد الوكلاء – نص قانونى : تنص المادة ٧٠٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أوكان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفاً فى تنفيذها » .

« ٢ – وإذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين ، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه »[١].

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥١٩/٦٣٥[٢] .

= تدل على الموافقة لا يعد نزولا ضمنياً . أما إذا تلقى الموكل الحساب من الوكيل وسكت مدة طويلة دون أن يعترض ، جاز أن يعد سكوته موافقة ضمنية (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٦٣٨ ص ٣٤٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أوكان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك دبر فيما بينهم . على أن الوكلاء ، حتى لو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً فى تنفيذها . ٢ – إذا عين الوكلاء فى عقد واحد ، دون أن يصرح بانفرادهم فى العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين » . وفى لجنة المراجعة حذفت من الفقرة الأولى عبارة « دبر فيما بينهم » الواردة بعد عبارة « نتيجة خطأ مشترك » ، ثم أقرت اللجنة النص تحت رقم ٧٣٩ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أضيفت إلى آخر الفقرة الثانية عبارة « إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه » ، وذكر أن « هذا التعديل يزيل لبساً عرض فى العمل » ، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٧٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٨ – ص ٢١١) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٥١٩/٦٣٥ : إذا تعدد الوكلاء فى عمل واحد بتوكيل واحد ، ولم يصرح لأحدهم بانفراده فى العمل ، فلا يجوز لهم العمل إلا معاً .

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد . ولم يرد فى التقنين المدنى القديم نص على تضامن الوكلاء فى المسئولية ، فكانت القواعد العامة هى التى تطبق ، وهى تقضى بألا تضامن فى الالتزامات العقدية دون اتفاق خاص : مصر الوطنية ٢١ أغسطس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٣٨ ص ٣٣٠ – ولا تسرى أحكام التقنين المدنى الجديد فيما يتعلق بتضامن الوكلاء إلا فى عقود الوكالة التى أبرمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٧٣ — وفى للتقنين المدنى الليبى ٧٠٧ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٣٨ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٨١ و ٧٩١[1].

٣٥٩ — اجتماع الوكلاء أو انفرادهم بالعمل : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٧ مدنى تميز بين فرضين : (ا) إذا عين كل الوكلاء فى عقد واحد . (ب) إذا عينوا فى عقود متفرقة .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣٨ : ١ — إذا وكل شخص وكيلين بعقد واحد ، فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكل به ، إلا إذا كان لا يحتاج فيه إلى الرأى كإيفاء الدين ورد الوديعة ، أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة ، فإنه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط انضمام الآخر فى الخصومة لا حضوره . ٢ — فإن وكلهما بعقدين ، جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقاً .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى لا يتضمن نصا على تضامن الوكلاء فلا يقوم التضامن لأن التزامات الوكيل التزامات عقدية) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٨١ : إذا عين عدة وكلاء لوكالة واحدة لأجل مسألة واحدة ، فلا يجوز أن يعملوا منفردين إلا بترخيص صريح فى هذا الشأن . فلا يمكن مثلا واحداً منهم أن يقوم بعمل إدارى فى غياب الآخر ، وإن كان من المستحيل على الغائب أن يعاونه فى هذا العمل — على أن الحكم السابق لا يطبق فى الحالتين الآتيتين : أولا فى الدفاع لدى القضاء ، أو رد الوديعة ، أو دفع دين محرر مستحق ، أو القيام بتدبير احتياطى فى مصلحة الموكل ، أو بأمر آخر مستعجل يعود إهماله بالضرر على الموكل . ثانياً — فى الوكالة المعقودة بين تجار على أشغال تجارية — فى هاتين الحالتين يمكن أحد الوكلاء أن يعمل وحده عملا صحيحاً ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٧٩١ : إذا وجد عدة وكلاء ، فلا يكون التضامن بينهم إلا إذا نص عليه . على أن تضامن الوكلاء يوجد حتماً : أولا — عندما يكون الضرر الذى أصاب الموكل ناشئاً عن خطأ مشترك جرى عليه تواطؤ بينهم . ثانيا — عندما تكون الوكالة غير قابلة للتجزئة . ثالثا — عندما تكون الوكالة منعقدة على أشغال تجارية بين تجار وليس ثمة نص مخالف — على أن الوكيل ، وإن كان متضامناً مع سائر الوكلاء ، لا يسأل فى أى حال من الأحوال عما فعله أحدهم مما يخرج عن حيز الوكالة أو يتجاوز حدودها .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا بعض تفصيلات تتعلق بوجه خاص بالوكالة المعقودة بين تجار فى أعمال تجارية فى التقنين اللبنانى ، فيصح فيها انفراد أحد الوكلاء بالعمل ويكون فيها الوكلاء متضامنين ، وفيما عدا أن الخطأ المشترك الذى يوجب تضامن الوكلاء فى التقنين اللبنانى يجب أن يكون قد جرى عليه تواطؤ بينهم) .

(١) فإذا عين كل الوكلاء فى عقد واحد ، فقد اتخذ المشرع من ذلك قرينة قانونية على أن الموكل أراد ألا يعملوا إلا مجتمعين . فإذا وكلوا فى بيع أوشراء أو إيجار أواستئجار أوصلح أو إدارة عمل ، وجب ألا يباشروا التصرف الموكلين فيه إلا مجتمعين وبعد التداول فيما بينهم وموافقتهم جميعاً على التصرف . ذلك أن الموكل قد أراد بجمعهم فى عقد واحد أن يلزمهم بالتشاور فى أمر الوكالة ، وبالتعاون فى تنفيذها ، وبأن يكون كل منهم رقيباً على الآخرين . فإذا استقل أحدهم أوبعضهم بعقد الصفقة أوبإدارة العمل ، فقد اختل ما قصد إليه الموكل ، وضاع عليه رأى باقى الوكلاء الذين لم يشتركوا فى تدبير أمر هو فى حاجة إلى أن يساهموا فيه برأيهم ، كما إذا اقتضى تنفيذ الوكالة إيجاد مشتر بشروط مناسبةأومناقشة شروط صلح لحسم نزاع معين أواتخاذ خير التدابير لإدارة متجر الموكل أومزرعته . فإذا باشر التصرف أحد الوكلاء أو بعضهم دون الباقين ، كان التصرف باطلا لانعدام صفة من باشر التصرف ، إذ لا صفة إلا للوكلاء مجتمعين [1] . ويستوى فى ذلك أن يكون الغير عالماً بتعدد الوكلاء أو غير عالم بذلك ، فقد كان عليه أن يتحرى[2] وبخاصة أن الوكلاء مذكورون جميعاً فى عقد واحد ، وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة على الوجه الذى سنبينه . ومع ذلك يجوز لأحد الوكلاء أن ينفرد بالعمل إذا وافق عليه الباقون فيما بعد ، ويعتبر التصرف صادراً منهم جميعاً من وقت موافقة الباقين [3] .

ويستثنى مما تقدم أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى ، فيجوز لأى من الوكلاء أن يباشره منفرداً ، لانتفاء الحكمة من وجوب

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ .

(٢) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩ — وانظر ما يلى فقرة ٣٠٤ فى الهامش .

(٣) محمد على عرفه ص ٣٨١ — وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين ، المشروط لهما فى التصرف مجتمعين ، إذا تصرف بإذن صاحبه أو بإجازته نفذ تصرفه ، صريحة كانت الإجازة أوضمنية . فإذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفاً ما صح تصرفه ، متى صدرت من شريكه فى الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١١ ص ١٠٠٧) — وقارن استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢ .

اجتماعهم : مثل ذلك أن يكون التصرف هو قبض دين معين ، أو وفاؤه ، أو الإبراء منه ، أو قبول هبة معينة ، أو رد الوديعة ، أو إيجار منزل معين بالشروط المألوفة وبالأجرة التى يسمح بها القانون(١) . فى هذه التصرفات وأمثالها ليس للوكيل من السلطة التقديرية إلا قدر محدود جداً لا ينفسح فيه مجال الرأى ، وليس عليه إلا أن يتثبت من صحة التعاقد ومطالبته لتعليمات الموكل ، فليست هناك حاجة لاجتماع الوكلاء(٢) . ويستثنى كذلك ما نصت عليه المادة ٨٥ من تقنين المرافعات فى خصوص وكلاء الخصومة ومنهم المحامون من أنه « إذا تعدد الوكلاء ، جاز لأحدهم الانفراد بالعمل فى القضية ، ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص فى التوكيل » . فتنعكس القرينة القانونية فى حالة تعدد وكلاء الخصومة ، ويكون المفروض جواز انفراد كل وكيل بالعمل ما لم ينص على وجوب اجتماع الوكلاء(٣) .

ووجوب اجتماع الوكلاء المعينين فى عقد واحد ليس من النظام العام ، والقرينة القانونية التى وضعها المشرع فى هذا الشأن ليست قرينة قاطعة فيجوز إثبات عكسها . ومن ثم يجوز للموكل أن يرخص للوكلاء المعينين فى عقد واحد ، صراحة أو ضمناً ، فى الانفراد بالعمل . فإذا باشر التصرف أحدهم صح عمله ، وامتنع على الباقين أن يباشروا نفس التصرف .

(ب) وإذا عين الوكلاء فى عقود متفرقة ، فالقرينة تنعكس ويصبح

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تعدد الوكلاء جاز انفرادهم إذا كان توكيلهم بعقود متعددة ، وإذا كان التوكيل بعقد واحد جاز الانفراد متى كان العمل الذى يباشره الوكيل مما لا يحتاج فيه إلى الرأى أو كان عمله فى مصلحة الموكل (استئناف مصر أول أكتوبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٥ ص ٥٦٨) .

(٢) ويبين من ذلك أن الأعمال التى لا يحتاج فيها إلى تبادل الرأى ليست ضرورة من أعمال الإدارة ، فهى كما تتضمن أعمال إدارة كالإيجار بالشروط المألوفة ، تتضمن كذلك أعمال تصرف كوفاء الدين والإبراء منه (أكثم أمين الخولى فقرة ١٧٠) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان التوكيل الصادر من الطاعن قد صدر لعدة محامين ، فإنه يجوز انفراد أحدهم بالتقرير بالطعن ، لأن قانون المرافعات قد خرج فى الوكالة بالخصومة عن القاعدة العامة التى قررتها المادة ٧٠٧ من القانون المدنى ، فنص فى المادة ٨٥ من قانون المرافعات على أنه إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص التوكيل ، ولا محل لتخصيص عموم نص هذه المادة وقصره على السير فى الدعوى بعد إقامتها (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٠ ص ٢٣٠) .

من المفروض أنه يجوز لأى وكيل منهم أن ينفرد بالعمل . على أن هذه القرينة العكسية قابلة هى أيضاً لإثبات العكس ، ويجوز للموكل أن يشترط على الوكلاء الذين عينهم فى عقود متفرقة أن يعملوا مجتمعين . فلا يجوز عندئذ لأحد من الوكلاء أن ينفرد بالعمل ، وإذا فعل كان تصرفه باطلا لانعدام الصفة ، مع ملاحظة أن الغير الذى يتعامل مع الوكيل يكون معذوراً إذا اعتقد أن الوكيل له صفة فى التعاقد مادام يرى أن وكالته وحده ثابتة فى عقد مستقل ، ويغلب أن تنطبق فى هذه الحالة قواعد الوكالة الظاهرة[1] .

٢٦٠ — *تضامن الوكلاء فى المسئولية* : والأصل أنه إذا تعدد الوكلاء ، فإنهم لايكونون متضامنين لا فى التزامهم نحو الموكل باعتبارهم مدينين ، ولا التزامات الموكل نحوهم باعتبارهم دائنين . ذلك أن التزامات الوكلاء ، والتزامات الموكل ناشئة كلها من العقد ، ولا تضامن فى الالتزامات العقدية إلا بنص فى القانون .

ولم يرد أى نص فى شأن التزامات الموكل نحو الوكلاء المتعددين ، فهؤلاء إذن لا يكونون متضامنين كدائنين للموكل ، بل ينقسم عليهم دين الموكل نحوهم .

أما فى شأن التزامات الوكلاء المتعددين نحو الموكل ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدنى كما رأينا على أنه « إذا تعدد الوكلاء ، كانوا مسئولين بالتضامن ، متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك » . ويؤخذ من ذلك أن الوكلاء فى غير الحالتين المذكورتين فى النص لايكونون متضامنين فى المسئولية ، رجوعاً إلى الأصل[2] .

---

(١) وفى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تلخيص لما قدمناه فى العبارات الآتية : « إذا تعدد الوكلاء فى الأمر الواحد ، كان كل منهم مسئولا عن التزاماته كوكيل . فيجب أن ينفذ الوكالة ، ولايصح أن يعمل الوكلاء إلا مجتمعين مادام قد عينوا فى عقد واحد ولم ينص صراحة فى العقد على انفرادهم . أما إذا عينوا فى عقود متفرقة ، أو فى عقد واحد ونص صراحة على انفرادهم ، جاز أن ينفرد كل منهم بتنفيذ الوكالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢١٣) .

(٢) أما فى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩٩٥) فالأصل – على خلاف القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم (بيدان ١٢ فقرة ١٣١٣) – أن الوكلاء يكونون غير متضامنين تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية . ومع ذلك يكونون مسئولين بالتضامن (in solidum) إذا صدر منهم خطأ مشترك ، ويكونون مسئولين بالتضامن فى المسائل التجارية أو عند وجود شرط =

أما فى هاتين الحالتين فيكونون متضامنين فى جميع التزاماتهم نحو الموكل ، لا فحسب فى تنفيذ الوكالة بالعناية الواجبة ، بل أيضاً فى تقديم الحساب للموكل وفى رد ما للموكل فى أيديهم[1] على النحو الذى سنفصله فيما يلى :

والحالتان اللتان يكون فيهما الوكلاء متضامنين فى التزاماتهم هما :

أولا — إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذه الحالة ما يأتى : « مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين فى شراء منزل معين ، فلا يتصور فى هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ ، ويجب على الوكيلين أن يعملا مجتمعين ، ويكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل فى الالتزامات المتقدمة الذكر[2] » . ومن ثم يكون الوكيلان مسئولين بالتضامن عن تنفيذ الوكالة فى حدودها ، وعن تقديم حساب عنها للموكل ، وعن رد ما للموكل فى أيديهما إليه . فلو أن الوكالة لم تكن فى شراء منزل بل فى بيعه وفى قبض ثمنه ، وهذه أيضاً وكالة غير قابلة للانقسام ، فباع المنزل الوكيلان معاً وسلم المشترى الثمن لأحدهما ، كان الوكيلان مسئولين معاً بالتضامن عن تسليم الثمن للموكل . وإذا كان الوكيل الذى تسلم الثمن قد قبل أن يؤجل جزءاً منه ، وقد جاوز فى ذلك حدود الوكالة لأن الموكل قد اشترط أن يكون الثمن كله معجلا ، فإن التأجيل لا ينفذ فى حق الموكل لمجاوزته حدود الوكالة ، ويلزم المشترى بتعجيل ما أجل من الثمن ، ثم يرجع على الوكيل الذى قبل التأجيل بالتعويض دون أن يرجع على الوكيل الآخر ودون أن يكون هذا الوكيل الآخر متضامناً مع الوكيل الأول . ولو كان هذا الوكيل الأول لم يجاوز حدود الوكالة ولكن تعسف فى تنفيذها ، بأن كان الموكل لم يشترط تعجيل الثمن فأجل الوكيل الثمن ولكنه راعى فى ذلك مصلحة المشترى دون مصلحة الموكل لمصلحة تربطه بالمشترى ، فإن التأجيل يسرى فى حق الموكل لعدم مجاوزته حدود الوكالة ، ولكن الموكل يرجع على

= بذلك (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٨ والمراجع المشار إليها — بودرى وﭬال فى الوكالة فقرة ٦٥١ وما بعدها — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٩ — ص ٢٢٠) .

(١) ويشترط بداهة أن تثبت وكالة كل من الوكلاء المتعددين حتى يكونوا متضامنين ، فإذا لم تثبت وكالة أحدهم لم يكن مسئولا ، ومن باب أولى لم يكن متضامناً مع الوكلاء الآخرين (انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٦ ص ٣١٥).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٣ .

الوكيل بالتعويض لتعسفه فى تنفيذ الوكالة ، ويرجع بالتعويض على هذا الوكيل وحده دون أن يكون الوكيل الآخر متضامناً معه . وفى هذا تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدنى فيما رأينا : « على أن الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفاً فى تنفيذها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما إذا انفرد أحدهم بمجاوزة حدود الوكالة أو بالتعسف فى تنفيذها ، كأن خالف شروط البيع التى اشترطها الموكل ، أو التزمها ولكن تعمد إساءة العمل بها ، فى حالة المجاوزة لحدود الوكالة يكون مسئولا وحده لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء ، قبل الغير الذى تعامل معه ، إذا كان الموكل قد رفض إقرار عمل الوكيل (انظر م ٩٩١ من المشروع) . وفى حالة التعسف فى تنفيذ الوكالة يكون مسئولا أيضاً وحده ، لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء ، قبل الموكل عن التعويض »[1] .

ثانيا — إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام ولكن الضرر الذى أصاب الموكل كان نتيجة خطأ مشترك من الوكلاء جميعاً . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذه الحالة ما يأتى : « أما إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام كإدارة مزرعة ، فإن كل وكيل يكون مسئولا وحده لا بالتضامن مع غيره من الوكلاء عن تنفيذ التزاماته ، سواء فى ذلك عمل منفرداً بأن اختص فى إدارة المزرعة بأعمال معينة ، أو عمل مع الوكلاء مجتمعين . ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء فى هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة الموكل ، فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية »[2] . فلو أن وكيلين ، يديران مزرعة بالوكالة عن صاحبها ، يعملان مجتمعين ، فارتكبا معاً خطأ فى تنفيذ الوكالة ، كأن اشتريا سماداً أو بذراً غير صالح ولم يبذلا العناية الواجبة فى انتقائه ، فإنهما يكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل . ويلاحظ هنا فيما يتعلق بما ورد فى المذكرة الإيضاحية أمران : الأمر الأول أن المذكرة تقول : « سواء اعتبرت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية » ، ولا وجه لاعتبار المسئولية هنا تقصيرية ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٣ — ص ٢١٤ .

فهى ليست إلا مسئولية تعاقدية ترتبت على عقد الوكالة . والأمر الثانى أن المذكرة الإيضاحية تقول : « ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء فى هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم » ، ويفهم من ذلك أن الخطأ المشترك يجب أن يكون مدبراً فيما بين الوكلاء . وقد كان هذا صحيحاً فى المشروع التمهيدى لنص المادة ١/٧٠٧ مدنى ، فقد كان يقول : « أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك دبر فيما بينهم » ، ولكن عبارة « دبر فيما بينهم » حذفت فى لجنة المراجعة[(١)] . وبعد هذا الحذف أصبح غير ضرورى أن يكون الخطأ المشترك مدبراً فيما بين الوكلاء ، ويكفى أن يكون هناك مجرد تقصير منهم دون أن تكون هناك حاجة لأن يتعمدوا الخطأ ويدبروه فيما بينهم[(٢)] .

« وفى غير هاتين الحالتين — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[(٣)] — لا يكون الوكلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم إلا إذا اشترط التضامن . فلا يكون الوكلاء متضامنين بغير شرط إذا انفرد أحدهم بتنفيذ الوكالة[(٤)] ، سواء كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو قابلة له ، أو اشترك مع الباقى فى تنفيذها ولكنه انفرد وحده بخطأ لم يشترك معه فيه سائر الوكلاء[(٥)] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠ — وانظر آنفاً فقرة ٢٥٧ فى الهامش .

(٢) أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص٢٢٧ وهامش ٣ — وقارن محمد على عرفة ص٣٨٢ — وإذا كان الوكيلان متضامنين فى المسئولية عن خطأ أحدهما وهو وكيل مأجور ، لم يمنع التضامن ، إذا كان الوكيل الآخر غير مأجور ، أن يكون خطأ الوكيل الأول وهو مأجور لا يعتبر خطأ بالنسبة إلى الوكيل الآخر نظراً لأنه غير مأجور . فإذا دفع الوكيل غير المأجور للموكل كل التعويض أو بعضه ، رجع بكل ما دفعه على الوكيل المأجور (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص ٢٢٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا عهد لجملة وكلاء إدارة أعيان ، فأجر أحدهم عيناً منها ولم يسلمها ، جاز للمستأجر مقاضاة الوكيل الذى تعاقد معه دون الباقين ومطالبته بالتعويض (استئناف وطنى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥١ ص ١١٧) .

(٥) كأن كان من الواجب أن يعمل الوكلاء مجتمعين ، وتخلف أحدهم دون عذر مقبول ، وترتب على ذلك عدم إمكان تنفيذ الوكالة ، فإن الوكيل المتخلف يكون وحده هو المسئول (جيوار فقرة ١١٨ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٦٥٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢٢٠ — محمد على عرفة ص ٣٨٢) . أما إذا انفرد أحد الوكلاء بالخطأ ولكن التضامن كان مشترطاً بينهم ، فإن الجميع يكونون مسئولين بالتضامن عن هذا الخطأ ، حتى لو قسم الوكلاء العمل فيما بينهم =

٢٦١ — *نائب الوكيل — نص قانونى* : تنص المادة ٧٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ، دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية » .

« ٢ — أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه ، أوعن خطأه فيما أصدره له من تعليمات» .

« ٣ — ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر»[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٢٠/٦٣٦[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٧٤ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٧٠٨ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٣٩ —

= واختص كل منهم بأمر معين (محمد على عرفة ص ٣٨٣ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص ٢٢٨) ، ويكون لسائر الوكلاء حق الرجوع على الوكيل الذى صدر منه الخطأ (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٣ ص ٢٢٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١١ — ص ٢١٥) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٥٢٠/٦٣٦ : يجب أن يكون الإذن للوكيل بإنابة غيره عنه صريحاً فى سند التوكيل . ويكون الوكيل مسئولا عن النائب الذى لم يعينه الموكل إذا كان هذا النائب معسراً أوغير أهل أو مشهوراً بالإهمال . وفى جميع الأحوال نائب الوكيل مسئول مباشرة عند الموكل .

(وتختلف أحكام التقنين المدنى القديم عن أحكام التقنين المدنى الجديد فى مسألتين : (١) فى التقنين المدنى القديم لا يجوز للوكيل إقامة نائب عنه إلا بترخيص من الموكل ، أما فى التقنين المدنى الجديد فيجوز للوكيل إقامة نائب عنه ما لم يمنعه الموكل من ذلك . (٢) فى التقنين المدنى القديم للموكل دعوى مباشرة قبل نائب الوكيل ولكن نائب الوكيل ليست له دعوى مباشرة قبل الموكل ، أما فى التقنين المدنى الجديد فلكل من الاثنين دعوى مباشرة قبل الآخر — وتسرى أحكام التقنين المدنى الجديد على عقود الوكالة التى تبرم منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) .

وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٨٢ — ٧٨٤ و م ٨١٧[1].

ويخلص من هذا النص أن الوكالة قد يقوم بتنفيذها ، لا الوكيل نفسه ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣٩ : ليس للوكيل أن يوكل غيره ، إلا أن يكون قد أذنه الموكل فى ذلك أو فوض الأمر لرأيه . ويعتبر الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته .

(والتقنين العراقى ، خلافاً للتقنين المصرى ، لا يجيز للوكيل أن يقيم نائباً عنه إلا بإذن الموكل . ولكنه ، متفقاً فى ذلك مع التقنين المصرى ، يقيم علاقة مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل ، بل يذهب إلى أبعد من ذلك فيجعل نائب الوكيل وكيلا عن الموكل مباشرة . ولا يتضمن التقنين العراقى نصاً فى مسئولية الوكيل عن نائبه كالنص الوارد فى التقنين المصرى ، فتسرى القواعد العامة) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٨٢ : لا يجوز للوكيل أن ينيب عنه شخصاً آخر فى تنفيذ الوكالة إلا فى الأحوال الآتية : أولا — إذا كان الموكل قد خوله هذا الحق صراحة . ثانيا — إذا كان تخويله هذا الحق ناجماً عن ماهية العمل أو عن الظروف . ثالثا — إذا كانت الوكالة عامة مطلقة .

م ٧٨٣ : الوكيل الذى لا يملك التوكيل يكون مسئولا عمن ينيبه منابه كما يسأل عن أعمال نفسه . وإذا كان التوكيل مباحا له ، فلا يكون مسئولا إلا إذا اختار شخصاً لم تتوافر فيه الصفات المطلوبة للوكالة ، أو إذا كان ، مع إحسان الاختيار ، قد أعطى نائبه تعليمات كانت سبباً فى الضرر ، أو أغفل السهر عليه عندما كانت تقتضيه الضرورة .

م ٧٨٤ : فى جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولا لدى الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها .

م ٨١٧ : إن عزل الوكيل الأصلى أو وفاته يؤديان إلى عزل من وكله ، فيما خلا الحالتين الآتيتين : أولا — متى كان وكيل الوكيل معينا بترخيص من الموكل . ثانيا — متى كان الوكيل الأصلى ذا سلطة مطلقة فى التصرف أوكان له الحق فى التوكيل .

(وأحكام التقنين اللبنانى تختلف عن أحكام التقنين المصرى فيما يأتى : (١) فى التقنين اللبنانى لا يجوز للوكيل أن يقيم عنه نائباً إلا بإذن الوكيل أو إذا كانت الوكالة عامة مطلقة ، أما فى التقنين المصرى فيجوز للوكيل أن يقيم عنه نائباً ما لم يمنعه الموكل من ذلك . (٢) فى التقنين اللبنانى يكون الوكيل مسئولا عن نائبه مسئوليته عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب ، فإن رخص له الموكل فى إقامة نائب عنه لم يكن مسئولا عن النائب إلا فى أحوال معينة . أما فى التقنين المصرى فيكون الوكيل مسئولا عن نائبه مسئوليته عن نفسه إذا كان ممنوعاً عن إقامة النائب أوكان غير ممنوع ولكن الموكل لم يرخص له صراحة فى ذلك ، فإذا رخص له لم يكن مسئولا إلا فى أحوال معينة . (٣) فى التقنين اللبنانى ليس لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل ، وله هذه الدعوى فى التقنين المصرى) .

بل شخص آخر ينيبه عنه الوكيل(١) . وعندئذ تثار مسألتان نبحثهما على التعاقب : (١) علاقة الموكل بنائب الوكيل . (٢) مسئولية الوكيل عن نائبه :

٢٦٢ — علاقة الموكل بنائب الوكيل : يفهم من الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدنى سالفة الذكر أن الوكيل إذا أناب عنه غيره دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كانت إنابته صحيحة ولكن يكون مسئولا عن عمل النائب مسئوليته عن عمله الشخصى ويكون متضامناً معه فى المسئولية . فيستخلص من ذلك أن للوكيل أن ينيب عنه غيره دون حاجة إلى ترخيص من الموكل ، ومن باب أولى يكون له ذلك إذا رخص فيه الموكل(٢) . فللوكيل إذن أن ينيب عنه غيره ، ما لم يمنعه الموكل من ذلك(٣) . فإذا منعه ، وأناب الوكيل مع ذلك عنه غيره ، فإن الإنابة تكون باطلة . ومن ثم لا تكون لنائب الوكيل صفة فى مباشرة التصرف القانونى محل الوكالة ، ويبقى الوكيل هو وحده المسئول عن تنفيذ الوكالة(٤) ، وذلك ما لم يقر الموكل الإنابة بعد وقوعها فيكون لها عندئذ حكم الإنابة التى وقعت بترخيص من الموكل .

---

(١) وقد قدمنا أنه يجب التمييز بين التوكيل على بياض حيث يوكل الموكل من دفع له التوكيل على بياض فى اختيار وكيل أصلى لا نائب وكيل ، وبين الإنابة فى التوكيل حيث يوكل الموكل وكيلا أصلياً ثم يوكل الوكيل الأصلى نائباً عنه هو لا نائباً عن الموكل كما يفعل فى التوكيل على بياض (انظر آنفاً فقرة ٢٢٢) .

(٢) نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٧٠ ص ٤٧٢ — وقد يكون الترخيص فى الإنابة ضمنياً ، فتوكيل غير المحامى فى رفع دعوى يتضمن ترخيصاً له فى إقامة محام ، وتوكيل غير السمسار فى شراء أوراق مالية من البورصة يتضمن ترخيصاً له فى إنابة أحد السماسرة (بون ١ فقرة ١٠٢٢ — جيوار فقرة ١٢٤ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢٠ هامش ١٤ (٢) — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٦٩ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص ٢٣١) .

(٣) أكثم أمين الخولى فقرة ١٧١ — وتنص المادة ٨٦ مرافعات على أنه « يجوز للوكيل أن ينيب غيره من المحامين إن لم يكن ممنوعاً من الإنابة صراحة فى التوكيل » . وكذلك تنص المادة ٣٣ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « للمحامى ، سواء أكان خصماً أصلياً أم وكيلا فى دعوى ، أن ينيب عنه فى الحضور أو فى المرافعة أو فى غير ذلك من إجراءات التقاضى محامياً آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص ، ما لم يكن فى التوكيل ما يمنع من ذلك » .

(٤) وقد يكون المنع من الإنابة ضمنياً ، ويستخلص هذا المنع الضمنى إذا كان الموكل قد نظر فى الوكيل إلى اعتبار يندر أن يتوافر فى غيره (كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٥٨) .

ونفرض الآن أن الوكيل أناب عنه غيره إنابة صحيحة ، إما لأن الموكل رخص له فى ذلك أو لم يمنعه منه ، وإما لأن الموكل أقر الإنابة بعد منعها . فعند ذلك تقوم علاقات مختلفة : علاقة بين الوكيل ونائبه ، وعلاقة بين الوكيل والموكل ، وعلاقة بين الموكل ونائب الوكيل .

فالعلاقة بين الوكيل ونائبه يحكمها عقد الإنابة الذى بموجبه أناب الوكيل نائبه ، وهو عقد وكالة من الباطن أصبح بموجبه نائب الوكيل وكيلا عن الوكيل . وقد يوكل الوكيل نائبه فى كل ما هو موكل فيه ، فيطابق مدى سعة عقد الإنابة مدى سعة عقد الوكالة الأصلية ، وقد يوكله فى بعض ماهو موكل فيه . وفى الحالتين يكون نائب الوكيل ملتزماً نحو الوكيل بجميع ما يلتزم به الوكيل نحو موكله فى حدود عقد الإنابة : تنفيذ الوكالة بالقدر الذى اتسعت له الإنابة مع بذل العناية الواجبة فى تنفيذها بحسب ما تكون الإنابة مأجورة أو غير مأجورة ، وتقديم النائب حساباً للوكيل عن أعمال الإنابة ، ورد النائب ما بيده متعلقاً بهذه الأعمال إلى الوكيل[1] . ويكون الوكيل ملتزماً نحو النائب بجميع ما يلتزم به الموكل نحو وكيله فى حدود عقد الإنابة : دفع الأجر إذا كانت الإنابة مأجورة ، ورد المصروفات التى أنفقت فى تنفيذ النيابة ، وتعويض النائب عما قد يلحقه من ضرر بسبب تنفيذ الإنابة[2] .

أما العلاقة بين الوكيل والموكل فتبقى محكومة بعقد الوكالة الأصلى ، ويكون الوكيل ملتزماً نحو الموكل بجميع الالتزامات التى تترتب فى ذمة الوكيل

---

(١) جيوار فقرة ١٢٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٧٨ – ويبقى نائب الوكيل مقيداً بتعليمات الوكيل مادامت هذه التعليمات لا تتعارض مع تعليمات الموكل ، ويجوز للوكيل أن يعزل نائبه (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٩٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٨) . وإذا عزل الوكيل نائبه أو تنحى هذا عن النيابة ، فإن الوكالة الأصلية تبقى قائمة . أما إذا عزل الموكل الوكيل الأصلى أو تنحى هذا عن الوكالة ، فإن الإنابة تنتهى بانتهاء الوكالة الأصلية (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٩٠) . وإذا مات الموكل انتهت الوكالة الأصلية ، وانتهت تبعاً لها الإنابة (انظر م ٨١٨ لبنانى) ، أما إذا مات الوكيل الأصلى فانتهت بموته الوكالة الأصلية ، فإن رأيا يذهب إلى أن الإنابة تبقى بالرغم من انتهاء الوكالة الأصلية للعلاقة المباشرة القائمة بين الموكل ونائب الوكيل (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٩١) . قارن م ٩٢٩ مدنى عراقى وم ٨١٧ لبنانى آنفاً فقرة ٢٦٠ فى الهامش .

(٢) بون ١ فقرة ١٠٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٧٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢٢ .

بموجب عقد الوكالة ، كما يكون الموكل ملتزماً نحو الوكيل بجميع الالتزامات التي تترتب في ذمة الموكل بموجب نفس العقد .

وتبقى العلاقة بين الموكل ونائب الوكيل . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة ألا تكون هناك علاقة مباشرة بينهما ، ولا يملك الموكل أن يرجع على نائب الوكيل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها باسم الوكيل ، وكذلك لا يملك نائب الوكيل أن يرجع على الموكل إلا بالدعوى غير المباشرة يستعملها هو أيضاً باسم الوكيل . ولكن الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٧ مدنى تقول كما رأينا : « ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » . والحالتان السابقتان المشار إليهما هما حالة ما إذا أناب الوكيل غيره دون ترخيص من الموكل وحالة ما إذا أناب الغير بترخيص ، ويلحق بهما حالة ما إذا أناب الوكيل الغير وأقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها . ففى جميع هذه الأحوال يجوز للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل يطالبه فيها بجميع التزاماته الناشئة من عقد الإنابة[1] ، ولا شأن

---

(١) ويترتب على ذلك أن نائب الوكيل يكون مسئولا قبل الموكل مباشرة عن أى خطأ يرتكبه فى تنفيذ الوكالة (جيوار فقرة ١٢٧ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨) ، ولا يجوز لنائب الوكيل أن يحتج على الموكل بمقاصة تقع بين التزاماته وبين ما له من حقوق قبل الوكيل الأصلى (نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٩ سيريه ٥٩ – ١ – ٢٩٨ – ٢٢ مارس سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥–١– ٣٠٢ –٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ٦٨٣ – جيوار فقرة ١٢٧ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢١ – ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٦) . ولا يشارك دائنو الوكيل الموكل فى رجوع هذا مباشرة على نائب الوكيل (روان ١٣ أبريل سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ – ٢ – ١٧ – جيوار فقرة ١٢٦ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٨١– بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٦ هامش ٦) . ولا يحتج نائب الوكيل على الموكل بحكم صادر على الوكيل حائز لقوة الأمر المقضى (نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ٦٨٣) . كما لا يحتج عليه بتصديق الوكيل على الحساب المقدم عن الإنابة (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٨٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموكل قد فوض للوكيل أن يصدق على الحساب نهائياً ، فيحتج نائب الوكيل بهذا التصديق على الموكل (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ويستثنى كذلك ما إذا جهل نائب الوكيل صفة الوكيل واعتقد أنه أصيل لا وكيل ، فيجوز فى هذه الحالة لنائب الوكيل أن يحتج على الموكل بتصديق الوكيل على الحساب وبجميع الدفوع الأخرى التى يستطيع أن يواجه بها الوكيل (نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ داللوز =

لنائب الوكيل بعقد الوكالة الأصلي[١] . وكذلك يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بالتزاماته نحو الوكيل الأصلي[٢] ، ولكن في حدود التزامات الوكيل الأصلي نحو نائب الوكيل بموجب عقد الإنابة[٣] .

= ٧٤ - ١ - ٣٨٩ - باريس ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤-٢-٧٨١ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٨١ ص ٣٠٨ وفقرة ٥٨٢ وفقرة ٥٨٥ - بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) .

ويخلص من ذلك أن نائب الوكيل ، إذا كان يعلم أن موكله ليس إلا وكيلا عن موكل آخر ، لا يجوز له أن يقدم الحساب إلا للموكل ، فإذا قدمه للوكيل لم يكن هذا حجة على الموكل كما قدمنا (بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٨٥ - أنسيكلوپيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠) .

(١) ليون ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠ - ٢ - ٨ - أنسيكلوپيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٠ - ولكن إذا كان نائب الوكيل يجهل الإنابة ويعتقد بحسن نية أن الوكيل هو أصيل وكله عنه في عمل يخصه شخصياً ، فإن الموكل لا يرجع مباشرة على نائب الوكيل (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٩ سيريه ٥٩ - ١ - ٢٩٨ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ - ١-٣٨٩ - بيدان ١٢ فقرة ٣١١ - أنسيكلوپيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢١٧) .

(٢) وفي فرنسا لا يوجد نص يعطي لنائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل ، فلا يرجع إلا بالدعوى غير المباشرة باسم الوكيل (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٧) . ولكن يذهب كثير من الفقهاء إلى إعطاء نائب الوكيل دعوى مباشرة قبل الموكل لتقابل دعوى الموكل قبل نائب الوكيل (جيوار فقرة ١٢٨ - بودري وفال في الوكالة فقرة ٥٨٧ ص ٣١٠ - أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢٢٢ - أنسيكلوپيدي داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٢٢) .

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولي إلى أن العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل لا تتضمن « حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق لهذا التعبير ، وأن الصحيح هو أن هناك رابطة مباشرة أصلية بين الموكل ونائب الوكيل ، لا مجرد دعوى مباشرة . لا شأن لهذه الرابطة المباشرة بفكرة الدعوى المباشرة ، بل هي نتيجة طبيعية لما يعترف به القانون من أن الوكيل يستطيع - مالم يمنع من ذلك صراحة - أن ينقل سلطته في العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر . لا يعني هذا الجواز إلا أن النائب يصير بدوره وكيلا عن الموكل . . » (أكثم أمين الخولي فقرة ١٨٥ ص ٢٣٢) . ومقتضى هذا الرأي أن الوكيل يختفي فلا يكون له علاقة بنائبه فيما أنابه فيه ، وفي هذا إغفال لعقد الإنابة وما يترتب عليه من حقوق والتزامات في العلاقة ما بين الوكيل ونائبه .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ويجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة إلا إذا اشترط الموكل منعه من ذلك ، وهذا بخلاف التقنين الحالي (القديم) م ٥٢٠/٦٣٦ حيث يشترط في جواز الإنابة الترخيص الصريح . فإذا أناب عنه غيره ، كان النائب مسئولا عن جميع الالتزامات التي تقع على الوكيل ، لا قبل الوكيل وحده ، بل قبله وقبل الموكل ، وبطريق مباشر . فيستطيع الموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على النائب ، كما يرجع النائب =

٣٦٣ — *مسئولية الوكيل عن نائبه* : الأصل أن الوكيل مسئول عن نائبه تجاه الموكل . ومسئوليته فى ذلك هى مسئولية عقدية عن الغير وقد توافرت شروطها . فهناك عقد الوكالة الأصلى الوكيل فيه مدين للموكل بتنفيذ الوكالة ، وقد استخدم الوكيل فى تنفيذ هذا الالتزام العقدى نائبه إذ كلفه بموجب عقد الإنابة بتنفيذ الالتزام . فالمسئول هو الوكيل ، والمضرور هو الموكل ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الوكالة الأصلى . والغير هو نائب الوكيل ، وقد كلف اتفاقاً بتنفيذ التزام الوكيل العقدى[١] . فإذا ارتكب نائب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة تحققت مسئوليته العقدية تجاه الوكيل ، وتحققت مسئولية الوكيل العقدية عن نائبه تجاه الموكل ، وأمكن أيضاً للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل كما قدمنا . فيكون للموكل ، إذا ارتكب نائب الوكيل خطأ ، مدينان : الوكيل بموجب المسئولية العقدية عن الغير ، ونائب الوكيل بموجب الدعوى المباشرة . والأصل أن الوكيل ونائبه لا يكونان مسئولين تجاه الموكل بالتضامن لتعدد المصدر بالرغم من وحدة المحل ، وإنما يكونان مسئولين بالتضامم (in solidum)[٢] .

هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة فى مسئولية الوكيل عن نائبه . ولكن الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٧٠٨ مدنى حورتا فى هذه القواعد ، فقد ميزت هذه النصوص بين حالتين :

الحالة الأولى — حالة ما إذا لم يكن مرخصاً للوكيل فى إنابة غيره : تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ مدنى فى هذا الصدد : « إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه

= على الموكل بالدعوى المباشرة كذلك . ولم ينص التقنين الحالى (القديم) م ٢٥٠/٣٦٧ على الرجوع المباشر للنائب على الموكل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤) .

وإذا استعان الوكيل فى عمله بشخص آخر دون أن يوكله ، كما إذا استعان بمحام لفحص مستندات ، فإن هذا الشخص الآخر لا يكون نائب وكيل ، ولا يستطيع الموكل أن يرجع عليه مباشرة (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٥) .

(١) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٣١ — فقرة ٤٣٢ .

(٢) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ — فقرة ١٧٧ .

فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية » . ويتبين من هذا النص أن قواعد المسئولية العقدية عن الغير قد طبقت فى الحالة الأولى التى نحن بصددها ، وذلك باستثناء واحد هو أن الوكيل ونائبه يكونان مسئولين تجاه الموكل ، لابالتضامم كما هو مقتضى تطبيق القواعد العامة فى المسئولية العقدية عن الغير ، بل بالتضامن كما يقضى صريح النص . ويعتبر الخطأ الصادر من نائب الوكيل كأنه صادر من الوكيل نفسه[1] ، ويكون هذا مسئولا عنه بمعيار المسئولية الذى ينطبق عليه هو لا بمعيار المسئولية الذى ينطبق على نائب الوكيل . فإذا كان الوكيل مأجوراً ونائب الوكيل غير مأجور ، وبذل نائب الوكيل فى تنفيذ الإنابة عنايته الشخصية وكانت هذه العناية دون عناية الشخص المعتاد ، كان نائب الوكيل غير مسئول لأنه بذل العناية الواجبة عليه إذ هو غير مأجور ، وكان الوكيل مسئولا إذ العناية المطلوبة منه هى عناية الشخص المعتاد لأنه مأجور . أما إذا كان الوكيل غير مأجور ، وكان نائبه مأجوراً ، لم يكن الوكيل مسئولا تجاه الموكل إلا عن عنايته الشخصية إذا كانت أدنى من عناية الشخص المعتاد لأنه غير مأجور ، فإذا نزل نائب الوكيل عن عناية الشخص المعتاد دون أن ينزل عن عناية الوكيل الشخصية فإنه يكون مسئولا تجاه الوكيل لأنه مأجور ، ولكن الوكيل لا يكون مسئولا تجاه الموكل لأن العناية التى بذلت هى العناية الواجبة على الوكيل[2] . ومع ذلك يرجع الموكل على نائب الوكيل بالدعوى المباشرة مادامت مسئولية نائب الوكيل تجاه الوكيل قد تحققت ، إذ نزل الأول وهو مأجور عن عناية الشخص المعتاد[3] .

الحالة الثانية — حالة ما إذا كان مرخصاً للوكيل فى إنابة غيره : تقول

(١) استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص ٢٣٠ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « بقى تحديد مسئولية الوكيل عن نائبه . وهنا يجب التفريق بين ما إذا كانت الإنابة لم ينص عليها أوكان مرخصاً فيها . فى الحالة الأولى يكون الوكيل مسئولا عن خطأ نائبه مسئولية المتبوع عن التابع (اقرأ مسئولية عقدية عن الغير) . فإذا ارتكب النائب خطأ ، جاز للموكل أن يرجع بالتعويض على أى من الوكيل أونائبه بدعوى مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤) .

ولا يكون نائب الوكيل مسئولا عن القوة القاهرة ، وكذلك لا يكون الوكيل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٠) .

الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى فى هذا الصدد : « أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطأه فى اختيار نائبه ، أوعن خطأه فيما أصدره له من تعليمات » . فميز هذا النص بين فرضين : الترخيص للوكيل فى الإنابة دون تعيين شخص النائب ، والترخيص له فى إنابة شخص بعينه . فى الفرض الأول أعفى النص الوكيل من المسئولية العقدية عن عمل النائب ، ولم يجعله مسئولا إلا عن خطأه الشخصى إما فى اختيار النائب وإما فى توجيهه وفيما أصدره له من تعليمات. فإذا أخطأ الوكيل فى اختيار النائب ، كأن اختاره معسراً أومشهوراً بالإهمال أو عدم الأمانة أو غير كفء للمهمة الموكولة إليه ، سواء وجد ذلك وقت الاختيار أو جدّ بعد ذلك لأن الوكيل ملتزم بمراقبة نائبه[١] ، كان هناك خطأ شخصى من الوكيل وكان مسئولا عنه تجاه الموكل بموجب عقد الوكالة الأصلى[٢] . وكذلك الحكم لو أن الوكيل وجه نائبه توجيهاً خاطئاً وأصدر له تعليمات لا تتفق مع الواجب فى تنفيذ الوكالة[٣] ، فإن الوكيل يكون مسئولا عن خطأه الشخصى تجاه الموكل[٤] . ولا يكون هناك تضامن بين الوكيل ونائبه ، لأن مسئولية الوكيل قائمة على خطأه الشخصى لا على المسئولية العقدية عن الغير[٥] . فإذا أحسن الوكيل اختيار نائبه ولم يصدر له تعليمات خاطئة ، وارتكب نائب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة ، كان نائب الوكيل وحده هو المسئول تجاه الوكيل بموجب عقد الإنابة ، وكان مسئولا أيضاً تجاه الموكل بموجب الدعوى المباشرة ، ولكن الوكيل لا يكون مسئولا عن نائبه تجاه الموكل مسئولية عقدية

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢٢١ – محمد على عرفة ص ٣٨٧ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١١٥ .

(٣) أوأصدر له تعليمات ناقصة ، أولم يصدر تعليمات حيث كان ينبغى أن يصدرها (جيوار فقرة ١٢٣ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٥٧٥ ص ٣٠٤) .

(٤) ومع ذلك فقد قضى بأنه وإن كان نص المادة ٥٢٠ مدنى (قديم) يجعل الوكيل مسئولا عن النائب الذى لم يعينه الموكل إذا كان هذا النائب معسراً ، فإن طبيعة بعض الالتزامات قد لا تسمح باختيار شخص ملىء ، وتكون الإنابة فى هذه الحالة محصورة فى فئة يفترض فيها عدم اليسار ، ومن ثم فإنه لا مسئولية على الوكيل فى مثل هذه الأحوال إذا كان النائب معسراً (ميت غمر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٤١ ص ٤٠٩) .

(٥) أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ .

عن الغير فقد أعفاه نص القانون من هذه المسئولية مادام مرخصاً له فى إنابة غيره[١] . بقى الفرض الثانى ، وفيه يكون الوكيل مرخصاً له فى إنابة شخص بعينه . ولم تعرض الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ مدنى مباشرة لهذا الفرض ، ولكن المفهوم من النص أن الوكيل لا يكون مسئولا عن اختيار نائبه ، إذ أن الموكل قد وافق على هذا الاختيار ورخص فيه . ومن ثم لا يكون الوكيل مسئولا فى الفرض الثانى إلا عن خطأه الشخصى فيما أصدر له من تعليمات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأكيداً لهذا المعنى : « أما إن عين الموكل للوكيل شخص النائب ، فلا يكون الوكيل مسئولا إلا عن خطأه فيما أصدر له من تعليمات »[٢] .

ولم يعرض نص القانون لحالة ثالثة ، هى حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعاً عن إنابة غيره . ولاصعوبة فيما إذا أناب الوكيل غيره بالرغم من هذا المنع ولم يقر الموكل الإنابة . ففى هذا الفرض لا يكون للنائب صفة فى التعاقد مع الغير ، ومن ثم لا يسرى هذا التعاقد فى حق الموكل ، فلا يكون هناك مجال لمسئولية الوكيل عن نائبه[٣] . أما إذا أقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وفى الحالة الثانية ، إذا رخص الموكل للوكيل أن يقيم عنه نائباً ، فإن لم يعين له شخص النائب ، فإن الوكيل يكون مسئولا عن خطأه فى اختيار نائبه أو خطأه فيما أصدر له من التعليمات . فإن كان لم يقصر فى حسن اختيار النائب ولم يرتكب خطأ فى التعليمات التى أصدرها له ، فلا يكون مسئولا عن خطأه ، ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٤ — ويصح القول بأن الوكيل يكون مسئولا أيضاً عن النائب إذا أهمل فى رقابته وفى توجيهه ، فإن هذا الإهمال يعد خطأ شخصياً فى جانب الوكيل فيكون مسئولا عنه (محمد على عرفة ص ٣٨٨ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص ٢٣١) .

(٣) انظر فى هذا المعنى أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٤ ص ٢٣١ — على أن هناك ظروفاً يمكن أن يصيب فيها الموكل ضرر بفعل نائب الوكيل . مثل ذلك أن يقدم الموكل مبلغاً للوكيل لصرفه فى شؤون الوكالة ويمنعه من إنابة غيره ، فيخالف الوكيل هذا المنع وينيب عنه غيره ويسلمه المبلغ الذى تسلمه من الموكل ، فيبدده نائب الوكيل أويضيعه بتقصيره . فى هذا الفرض يكون الوكيل مسئولا دون شك ، وتقوم مسئوليته على خطأه الشخصى فى إنابته غيره وهو ممنوع من ذلك . ويبقى هذا الخطأ الشخصى قائماً فيبقى الوكيل مسئولا ، حتى لو ضاع المبلغ من نائب الوكيل بقوة قاهرة (جيوار فقرة ١٢٥) ، ما لم يثبت أن المبلغ كان يضيع حتى لو بقى فى يد الوكيل (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٥٧٧ — محمد على عرفة ص ٣٨٥) .

فالظاهر أنه يكون فى حكم من رخص للوكيل فى إنابة شخص بعينه إذ أنه لم يقر الإنابة إلا بعد أن عرف شخص النائب ، وتسرى الأحكام التى قررناها فيما إذا كان الوكيل مرخصا له فى إنابة شخص بعينه .

المطلب الثانى
تقديم حساب عن الوكالة

٢٦٤ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها »[(١)] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٢٥/٦٤٥[(٢)] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٧١ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٧٠٥ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٣٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٨٨ — ٧٨٩/١[(٣)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — على الوكيل فى كل وقت أن يطلع الموكل على الحالة التى وصل إليها فى تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها بعد انقضائها . ٢ — وعليه أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه ، بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية « لعدم ضرورتها » ، وعدلت الفقرة الأولى تعديلا لفظياً ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٧٣٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٥) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٥٢٥/٦٤٥ : وعليه تقديم حساب إدارة عمله وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله.

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣٦(موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٨٨ : يلزم الوكيل على أثر إتمامه الوكالة أن يبادر =

ويخلص من هذا النص أن الوكيل يلتزم بموافاة الموكل فى أثناء تنفيذ الوكالة بالمعلومات الضرورية التى يقف منها على سير التنفيذ ، وأن يقدم للموكل بعد انتهاء تنفيذ الوكالة حساباً عن ذلك . فنبحث مسائل ثلاثا : (١) موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية . (٢) كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها . (٣) الأحوال التى يعفى الوكيل فيها من تقديم الحساب .

٢٦٥ — موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية : لما كان تنفيذ الوكالة قد يستغرق وقتاً غير قصير ، لذلك يجب على الوكيل ألا يقطع صلته بالموكل فى أثناء تنفيذ الوكالة ، وأن يطلعه ، من تلقاء نفسه أو إذا طلب منه الموكل ذلك ، على الخطوات الهامة التى يتخذها لتنفيذ الوكالة .

فإذا كان يدير مزرعة للموكل مثلا ، وجب عليه أن يخطره بالمساحات التى يؤجرها للغير ومقدار الأجرة وأهم شروط الإيجار ، وبالمساحات التى يزرعها على الذمة وبما يشترى من بذور وسماد وآلات زراعية ونحو ذلك . فيقف الموكل بذلك على سير الإدارة ، ويستطيع توجيه الوكيل إذا رأى ضرورة للتوجيه . وإذا كان موكلا فى بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو قرض أو اقتراض ، وجب عليه أن يخطر الموكل بالخطوات الهامة التى يقطعها فى سبيل إنجاز الصفقة ، حتى يكون الموكل على بينة من الأمر فلا يتصرف تصرفاً يتعارض مع تصرف الوكيل ، كأن يشترى بنفسه أو يقترض ما كلف الوكيل بشرائه أو باقتراضه . وإذا كان موكلا فى صلح ، وجب عليه أن يطلع الموكل على سير المفاوضات فى الصلح ، حتى يستطيع هذا أن يدرك ما يعتزم الوكيل تضحيته لإتمام الصلح ، فقد يرى أنها تضحية كبيرة لا يرضاها فيمنعه من المضى فى الصلح على هذه الشروط . وإذا قبض الوكيل مبالغ لحساب الموكل ، وجب عليه أن يخطره بما قبض ، فلعل الموكل يرى أن تستغل هذه

= إلى إعلام الموكل على وجه يمكنه من الوقوف التام على كيفية إتمامها . وإذا تأخر الموكل عن الجواب بعد استلام البلاغ أكثر مما تقتضيه ماهية العمل أو العادة المرعية ، عد موافقاً على ما أجراه الوكيل حتى لو كان متجاوزاً حدود سلطته . م ٧٨٩/١ : يجب على الوكيل أن يقدم للموكل ، عند طلبه فى كل وقت ، بياناً عن إدارته ، وأن يسلم إليه كل ما دخل عليه من طريق الوكالة بأى وجه من الوجوه .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

المبالغ فى وجوه يعينها . وإذا قبض الوكيل ديناً للموكل ، وجب عليه إخطاره بذلك ، حتى لا يتخذ الوكيل إجراءات ضد مدينه بعد أن يكون هذا قد وفى بالدين[1] . وإذا واجه الوكيل صعوبات فى تنفيذ الوكالة ، وجب عليه أن يخطر الموكل بها ليتلقى منه تعليمات بشأنها[2] .

٢٦٦ — *كيفية تقديم الحساب عن الوكالة بعد تنفيذها* : فإذا ما أتم الوكيل تنفيذ الوكالة ، وجب عليه أن يقدم حساباً عنها للموكل . ويجب أن يكون حساباً مفصلا ، شاملا لجميع أعمال الوكالة ومدعما بالمستندات ، حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل[3] . وإذا تعدد الوكلاء قدموا حساباً واحداً ، إلا إذا كانت أعمال الوكالة مجزأة عليهم فكل وكيل يقدم حساباً مستقلا عن أعمال وكالته[4] . وإذا وجب على الوكلاء أن

---

(١) نقض فرنسى ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ — ١ — ٣٢٦ .

(٢) نانسى ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ٢ — ١٩٦ — ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢ — ٢ — ٤١ — وإذا غير الوكيل ، عند تجديده لقيد رهن ، المحل المختار للدائن موكله ، وجب عليه أن يخطره بذلك (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ١ — ٢٢٢ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٦٧) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لكى يؤخذ من وقع على كشف حساب بإقراره ، يجب أن يثبت أنه كان عالماً بتفصيلات الحساب ، فإذا كان التوقيع على ورقة مجملة ذكر بها أن رصيد الحساب السابق مبلغ معين ، فليس فى هذا مايدل على أن الموقع كان ملما بالحسابات السابقة على إثبات هذا الرصيد (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣١ ص ٢٤١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يجبر الموكل على قبول حساب الوكيل ، إلا إذا كان ذلك الحساب مصحوباً بمستندات (استئناف وطنى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٢٣) . وقضت أيضاً بأن المخالصة المجملة المبهمة التى لا يبين فيها الإيراد والمنصرف لا تمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب ، ولايعتبر التخالص فى هذه الحالة تنازلا عن حق أو إبراء من دين (استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٨٠ ص ٧٨٨) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه مهما يكن من خلاف حول ملكية الدفاتر والأوراق التى يحررها الوكيل فى أثناء قيامه بإدارة أعمال موكله وما إذا كان للموكل أن يدعى ملكية هذه الدفاتر ، فإنه لا نزاع فى أن القضاء فى أثناء طرح النزاع بين الطرفين أمامه حول أعمال الوكيل فى أثناء إدارته أن يلزمه بتقديم هذه الدفاتر والأوراق لبحثها على اعتبار أنها على الأقل مملوكة للطرفين ، الموكل والوكيل ، بالاشتراك بينهما (مصر الوطنية ١٧ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٥٧ ص ٥٠٤) .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٧ .

يقدموا حساباً واحداً ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتقديمه(١) .

والحساب الذى يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه . مثل ذلك أن يكون للموكل مبالغ قبضها الوكيل ثمن ما باعه أو أجرة ما أجره أو وفاء لحق الموكل فى ذمة الغير ، ومبالغ هى فوائد للمبالغ التى استغلها الوكيل لحساب الموكل ، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل ، وأوراق مالية اشتراها الوكيل لحساب الموكل ، وأن يكون على الموكل المصروفات التى أنفقها الوكيل فى السفر الذى اقتضاه تنفيذ الوكالة ، وأجرة نقل الأشياء والتأمين عليها ، والضرائب والرسوم التى دفعت ، والسمسرة التى أعطاها الوكيل للوسيط فى الصفقة ، والثمن الذى اشترى به الأوراق المالية أوغيرها من الأشياء لحساب الموكل ، والأجر الذى اتفق عليه مع الموكل(٢) . فيدرج الموكل كل هذا فى حساب واحد لايتجزأ ، مكون من أصول وخصوم ، والرصيد بعد استنزال الخصوم من الأصول هوالذى يجب الوفاء به للموكل(٣) ، كما هو الأمر فى الحساب الجارى ؛ وتفنى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب ، فلا تكون حقوقاً أوديوناً مستقلة بعضها عن بعض ، ولاينتج أى منها فوائد مستقلة ، بل الذى ينتج الفوائد هو رصيد الحساب(٤) . ولاتقع

---

(١) ولم يحدد القانون ميعاداً لتقديم الحساب ، فيجب تقديمه فى أقرب وقت ممكن عقب انتهاء الوكالة ، وإذا تأخر الوكيل فى تقديمه وأعذره الموكل ، انقطع سريان فوائد المصروفات التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، ولم يجز للوكيل أن يوقع حجزاً بموجب الرصيد الذى له فى الحساب قبل أن يقدمه للموكل (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٦) . وقد يتراخى طلب تقديم الحساب للعلاقة التى تقوم بين الوكيل والموكل . وقد قضى بأنه إذا ادعت زوجة على ورثة زوجها بأنه كان وكيلا عنها فى إدارة أموالها ، وأنه استغل بعض هذه الأموال فى شراء عقارات باسمه ، فليس لها فى هذه الحالة سوى المطالبة أولا بتقديم الحساب عن إدارته لأموالها من تاريخ وكالته ، فإذا ظهر شىء فى ذمته كانت التركة مدينة بهذه المبالغ التى تظهر ، كما هى ضامنة لفوائدها من تاريخ الاستعمال ، وتصبح هى دائنة كباقى الدائنين فى استيفاء أموالها من التركة (الإسكندرية الوطنية ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧٣ ص ٧٥٢) .

(٢) وإذا وكل شخص فى بيع أوراق النصيب ، فبقى معه فى الأوراق التى لم يتمكن من بيعها ورقة كسبت إحدى الجوائز ، وجب عليه أن يؤدى للموكل حساباً عن هذه الجائزة ، ولا يجوز له أن يحتفظ بها لنفسه حتى لو عرض دفع ثمن الورقة (نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٣٥٨ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٦٠ ص ٨٧١) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٥ .

(٤) نقض فرنسى ١٨ مارس سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ – ١ – ٣٠٨ .

المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال ، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم لأن الحساب لايتجزأ كما سبق القول . فإذا أفلس الموكل أو الوكيل ، لم يكن للطرف الآخر أن يحتج بامتناع المقاصة فى مبلغ معين بسبب الإفلاس(١) .

٣٦٧ – الأحوال التى يعفى الوكيل فيها من تقديم الحساب : ويعفى الوكيل من تقديم الحساب إذا كانت طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق يقضى بذلك .

فتقضى طبيعة المعاملة بعدم تقديم حساب ، إذا كان التصرف محل الوكالة لا يحتمل تقديم حساب عنه . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى الإقرار عنه بدين ، فأمضى الوكيل الإقرار ، لم يكن هناك محل لتقديم حساب عن هذه الوكالة . والوكالة فى بيع شيء معين بثمن معين دون قبض ثمنه ، والوكالة فى الزواج أو فى الطلاق أو فى الإقرار بالبنوة ، كل هذه وكالات لاتحتمل تقديم حساب عنها(٢) .

وقد تقضى الظروف بالإعفاء من تقديم حساب عن الوكالة ، ويرجع ذلك غالباً إلى الصلة ما بين الموكل والوكيل . فإذا كانت هذه الصلة تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل ، كما إذا كان الوكيل مستخدماً عند الموكل أو خادماً أو وكيل أعمال أو محصلا للإيجارات أو لحقوق أخرى ، فإن الحساب يعتبر مقدماً فعلا عن كل عمل بمجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة(٣) . وإذا كانت الصلة صلة زوجية أو قرابة ، فقد يفهم منها أن الموكل قد أعفى الوكيل من تقديم الحساب . فالزوجية تعفى الزوجة من تقديم حساب عن وكالتها فى الشؤون المنزلية(٤) . كذلك إذا أدار الزوج مالا لزوجته ، أو

---

(١) نقض فرنسى ١٦ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢–١–٢٣٢–٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ٤٩ – ١ – ١٦٠ – وانظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥ .

(٢) أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٦ ص ٢٣٤ .

(٣) استئناف وطنى ٢٤ مارس سنة ١٩٠٣ الاستقلال ٤ ص ٥٧٤ – استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ١٨ – جيوار فقرة ١٣٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٧٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥ .

(٤) روان ٣ مايو سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ٥٣٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٦ .

أدارت الزوجة مالا لزوجها ، فإن الثقة المتبادلة التى تقوم عادة بين الزوجين تعفى من تقديم الحساب(١) ، وذلك ما لم يقم دليل على وجود شقاق بين

(١) بوردو ١٤ يونيه سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٤ – ٢ – ٣٩ – ديچون ٤ يناير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ٢ – ٤٤٣ – أورليان ٨ يونيه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦ – ٢ – ٣٣٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٦ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٥ – قارن بيدان ١٢ فقرة ٣١٤ .

وقد قضى بأن توكيل الزوجة زوجها فى إدارة أملاكها ، ثم إقامتهما معاً على أتم وفاق مدة عشرين سنة من صدور هذا التوكيل ، وضم أملاك كل منهما إلى أملاك الآخر للانتفاع بها سوياً طول هذه المدة ، ثم انفصالها بعد ذلك بموجب عقد التزم فيه كل منهما للآخر بالتزامات خاصة وأخذ كل منهما على عاتقه سداد جزء من الديون المشتركة : جميع هذه الظروف تدل على أن إدارة أملاك الزوجة طول هذه المدة كان باطلاعها ، وأن صرف غلة هذه الأملاك كان برضائها وقبولها ، وأن كل ما أرادت أخذه من الزوج ذكرته فى عقد الاتفاق الذى عمل بينهما عقب الانفصال ، ولذا لا يصح لها بعد ذلك أن تطالب زوجها بالحساب مدة عشرين سنة التى مكثها وكيلا عنها (استئناف وطنى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٢٤ ص ١١٩) .

وقضت أيضاً فى نفس المعنى بأنه إذا ثبت أن الزوجة عاشرت زوجها مدة طويلة وعاشا معاً ، ولم تعمل له توكيلا صريحاً كتابياً بإدارة أموالها ، بل كان يجرى الأمر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلا بوكالة ضمنية ، وثبت أنه قام بذلك مدة تقرب من الخمسين سنة ، استفيد من ذلك أن الزوجة كانت راضية بما كان يفعله زوجها من كيفية استغلال وقبض وصرف ، خصوصاً متى ثبت أنه كان يصرف من مالها ومن ماله فى الشؤون العائلية وتربية أولادهما وتزويجهم بلا تمييز بين ماله ومالها ، ولا يكون الزوج ملزماً فى حالة الفرقة او لأى طلب من زوجته إلا أن يقدم لها الغلة الموجودة فعلا ولا يسأل عما سلف مما أنفق وصرف ، لأن الغلة السابقة تعتبر فى هذه الحالة أنها أنفقت وصرفت برضاء الزوجة وفى شؤون المنزل والحياة العائلية . وكذلك فى حالة التوكيل الصريح ، إلا إذا اشترط بنص صريح أن الزوج يقدم حساباً عن غلة أموال الزوجة ، فنى هذه الحالة يكون ملزماً بتقديم حساب عن كل ما قبضه . ولا يمنع من ذلك ما تقضى به الشريعة الإسلامية من أن الزواج لا يترتب عليه امتزاج أموال الزوجين وأن الزوج مكلف بنفقة زوجته وعياله ولو كان للزوجة مال ، فإن الشريعة الإسلامية تعتبر الزوج فى مثل هذه الظروف أميناً مسلطاً على الاستغلال والقبض والصرف فيقبل قوله فيما سلط عليه والظاهر لا يكذبه (استئناف مصر ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٧ ص ١٨٠) .

وقضى من جهة أخرى بأن ملزومية الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل نفسه ، وهذه الملزومية لا تسقط إلا إذا أعفاه الوكيل منها إعفاء واضحاً جليا . ولا محل لاستنتاج ذلك من صيغة التوكيل الذى تفوض فيه البنت إلى أبيها الوكيل عنها إجراء جميع التصرفات التى يملكها الشخص فى أية مسألة من تبرع وتنازل وهبة ، وأن ليس لها الحق فى رفض أى شىء مما يفعله الوكيل أو تغييره أو تعديله بأى وجه من الوجوه ، فإن ما فى هذا التوكيل من التفويضات التى لا حصر ولا حد لها إنما يرجع فى الحقيقة إلى ثقة الموكلة بأبيها ، ووضع الثقة التامة =

الزوجين وعلى أن الثقة فيا بينهما مفقودة[١] . وقد تقوم الثقة بين الأقارب والأصهار ، كالأب وولده[٢] ، والأب وزوج بنته ، والأخوين ، بحيث تغنى من تقديم الحساب[٣] .

وقد يتفق الموكل مع الوكيل على عدم تقديم حساب ، فيكون الاتفاق صحيحاً[٤] . وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً ، كما إذا أعطى الموكل الوكيل مخالصة أبرأ فيها ذمة الوكيل دون أن يطلب منه تقديم حساب[٥] . ويمكن حمل

= فى شخص الوكيل شيء وإعفاؤه من تقديم الحساب عن وكالته شيء آخر (استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦ ص ٦٢) — وقضى أيضاً بأن ملزومية الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل ، وبأن الوكيل عن زوجته إذا توفى قبل أن يقدم حساباً لها التزم ورثته بتقديم الحساب ، ويجب أن يقدم حساب صحيح يفحص ويناقش ويوافق عليه (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٢٠ ص ٣١٦) .

(١) أو كانت الوكالة بموجب توكيل محدد وليست الوكالة العامة ما بين الزوجين (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٥) . على أن الإعفاء ، حتى الوكالة العامة مابين الزوجين ، إنما ينصب على الحساب المفصل الدقيق (نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٩ – ١ – ١٤٨ – ديجون ٤ يناير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ٢ – ٤٤٣ – أورليان ٨ يونيه سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦ – ٢ – ٣٣٤) . فيفترض أن الزوجة تقدم حساباً يومياً لزوجها ، إلا إذا قام الدليل على العكس ، كما لو كان الزوج غائباً أو مجنداً (روان ٣ مايو سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ٥٥٣) ، أو مريضاً أو عاجزاً عن تسلم الحساب (نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧ – ١ – ٢٢١) – وانظر فى هذه المسألة أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٢٣٢ .

(٢) وفى قضية وهب والد عقاراً لابنته وبقى واضعاً يده عليه بصفته وكيلا ، وكانت الابنة مقيمة مع زوجها وأولادها فى منزل والدها ويتولى الصرف عليهم جميعاً . وبعد وفاة الأب رفعت الابنة دعوى على ورثته بمطالبتهم بتقديم الحساب ، فقضى بأنه يستنتج من ظروف الدعوى أن المتعاقدين لم يكن فى نيتهما جعل الأب ملزماً بتقديم حساب عن وكالته (استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٥٩ ص ١٣٢) .

(٣) نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩ – ١ – ١٦٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٦ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٢٣٣ .

(٤) نقض فرنسى ٢٤ أغسطس سنة ١٨٣١ سيريه ٣١ – ١ – ٣١٦ – جيوار فقرة ١٣٣ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٧٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٦ ص ٩١٥ .

(٥) نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩ – ١ – ١٦٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٧٥ – انظر عكس ذلك جيوار فقرة ١٣٤ – استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٢٠ ص ٣١٦ .

الاتفاق على أنه هبة مستترة[١] ، أو على أنه وفاء لدين فى ذمة الموكل للوكيل ، أو على أنه وثوق من الموكل فى أمانة الوكيل[٢] ؛

وقد لا يعفى الوكيل من تقديم الحساب ، ولكن تقوم ظروف تجعل تقديم الحساب مستحيلا عليه فيسقط التزامه . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا يجوز تكليف وكيل بتقديم حساب إلا إذا كانت المستندات والأوراق تحت يده ، فإذا كانت المستندات والأوراق فى يد طالب الحساب وجب رفض طلبه لاستحالة تقديم الحساب[٣] . وإذا مات الوكيل مجهلا الحساب ، ولم يترك ما يمكن الاستدلال منه على حساب الموكل ، لم يلزم الورثة بتقديم الحساب ، وإنما يلزمون بذلك إذا مات المورث غير مجهل لأموال موكله[٤] .

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص٢١٦هامش ٤ . ويجب فى هذه الحالة أن يكون الموكل أهلا لصدور الهبة منه (پرن ١ فقرة ١٠٠٣ — لوران ٢٢ فقرة ٤٩٦ — جيوار فقرة ١٣٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٧٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ هامش٥) .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٦ ص ٢٣٤ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات عقد التوكيل نفسه ، وهذا الالتزام لا يسقط إلا إذا أعفاه الموكل منه إعفاء صريحاً جلياً (استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦ ص ٦٢ وقد سبقت الإشارة إليه) — انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب : استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٨٩١م ٣ ص ١٦٩ (وتقول المحكمة إن كل وكيل ملزم بتقديم حساب عن إدراته وعن المبالغ التى قبضها بموجب وكالته ، وكل شرط مخالف يجب اعتباره غير مكتوب) — محمد على عرفة ص ٣٨٩ — ص ٣٩٠ — وقرب فى هذا المعنى العكسى جوسران ٢ فقرة ١٤١٢ مكررة — وعلى كل حال لا يعتبر إقرار الموكل لتصرف صدر من الوكيل إعفاء له من تقديم الحساب عن هذا التصرف (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٩) .

(٣) استئناف وطنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠١ الاستقلال ٤ ص ٥٧٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٨ .

(٤) استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٣٣ ص ٤٩٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٩١ — وقريبا من هذا المعنى التى قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوكالة بلا مقابل ليست كغيرها من العلاقات التى ترتبط بتبادل المنافع وتجعل كل طرف خصما للآخر فى منفعته ، وإنما هى علاقة مبنى إيجابها الثقة ، وموجب قبولها النجدة ، وموضوعها معونة الموكل ، ومقتضاها تبادل الإخلاص بين طرفيها وتعاونهما بالصدق على الوفاء بما ينشأ عنها من التعهدات ، وإن أيسر ما يجب على الموكل من ذلك أن يساعد الوكيل عند انتهاء مأموريته على أداء حسابه ، إن لم يكن بالسبق إلى تقرير الحقائق وبالتنبيه على ما غاب منها عن الوكيل ، فبالاعتراف =

وسنرى أن دعوى تقديم الحساب تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة(١).

المطلب الثالث

رد ما للموكل في يد الوكيل

٣٦٨ — **ما يلتزم الوكيل برده للموكل:** بعد أن يقدم الوكيل الحساب للموكل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، يجب على الوكيل أن يرد للموكل ما فى يده من مال له وهو رصيد الحساب ، ويلتزم أيضاً بالفوائد فى حالتين معينتين . وعلى الوكيل كذلك أن يرد للموكل ما فى يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة ، ويدخل فى ذلك سند التوكيل . وبعد ذلك كله يعطى الموكل الوكيل مخالصة يبرئ فيها ذمته .

فنبحث هذه المسائل الأربع : (١) رد ما للموكل من مال فى يد الوكيل . (٢) دفع الفوائد فى حالتين معينتين . (٣) رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل . (٤) المخالصة بإبراء ذمة الوكيل .

٣٦٩ — **رد ما للموكل من مال فى يد الوكيل :** كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٠٥ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وعليه (على الوكيل) أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه ، بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لعدم

= بها على الأقل بعد سؤاله عنها وصراحة القول فيها عند عرضها عليه . وإن هذا الواجب يتم لزومه وتشتد مطالبة الموكل به فيما إذا كان المكلف بالحساب ليس هو الوكيل نفسه ، بل وارثاً له يصعب عليه فى غالب الأحوال أن يحيط بجميع ما يتعلق بإدارة لم يكن هو المباشر لها بنفسه . فإذا أخل بهذا الواجب ، ولم يعن وارث الوكيل على أمره كما استعان بمورثه فى شأنه ، وانتهز فرصة جهله أوعدم اختباره ، وسكت عن حق لإخفائه ، عد سكوته غشاً . وإنه أولى من هذا السكوت بالغش ، وأحق منه باسمه ، أن يقف الموكل لهذا الوارث موقف الخصم من خصمه ، يدعى الباطل وينكر الحق (استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ٣٠٧) .

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٧٢ .

ضرورتها »(١) . وليس النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيعمل به بالرغم من حذفه .

وعلى ذلك يلتزم الوكيل برد كل ماكسبه لحساب الموكل ، سواء عمل الوكيل باسم الموكل أوعمل باسمه الشخصي . فلو عمل باسمه الشخصي كاسم مستعار (مسخر) فاشترى المنزل الموكل في شرائه باسمه فانتقلت إليه الملكية ، وجب عليه أن ينقل ملكية هذا المنزل للموكل(٢) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الاسم المستعار .

وإذا تسلم الوكيل لحساب الموكل أعياناً أوبضائع ، وجب عليه ردها بالذات إلى الموكل ، ولايصح أن يجتزئ عن ذلك برد قيمتها ، مالم يكن مفوضاً في بيعها فعند ذلك يبيعها ويسلم ثمنها للموكل(٣) . كذلك إذا تسلم عملة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٤ – وانظر آنفاً فقرة ٢٦٤ في الهامش – وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يجب على الوكيل أن يقدم للموكل ، عند طلبه في كل وقت ، بياناً عن إدارته ، وأن يسلم إليه كل ما دخل عليه من طريق الوكالة بأي وجه من الوجوه » (انظر آنفاً فقرة ٢٦٤ في الهامش) .

(٢) بودري وڤال في الوكالة فقرة ٦٧١ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ – وقد قضى بأنه إذا وكل المدين شخصاً في أن يشتري باسمه الدين الذي في ذمة الموكل ، فإن الوكيل يصبح دائناً للموكل ومديناً له بنفس الدين ، فيسقط الدين بالمقاصة ، كما لو كان قد سقط باتحاد الذمة في شخص الموكل (نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٦٩ داللوز ٧٠ – ١ – ١٠٧) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « ويلتزم الوكيل أخيراً بتقديم حساب عن وكالته عند انقضائها ، وإطلاعه على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة أثناء سريانها كلما طلب منه الموكل ذلك في أوقات معقولة . وماكسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه ، حتى لوكان الوكيل « اسماً مستعاراً » يعمل باسمه الشخصي . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل ، فيجب أن ينزل له عنها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧ – ص ٢٠٨) .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ – وإذا كان في يده نقود لموكله ، وجب عليه تسليمها إليه ، فإذا اشترى بها أعياناً باسمه كان مبدداً ووجب عليه التعويض . ولكن ليس للموكل أن يسترد هذه الأعيان ، بل ينفذ عليها بحقه كسائر الدائنين . وقد قضى بأنه إذا استعمل الوكيل نقود موكله في مصلحته الخاصة اعتبر مبدداً لها ، ولم تدخل الأعيان التي اشتراها الوكيل بهذه النقود في ملك الموكل مادامت لم تكن باسمه ، ولم يلزم الوكيل إلا بأن يقدم حساباً عن إدارة عمله وحساب المبالغ التي قبضها على ذمة موكله (استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٩ ص ٥٥) .

أجنبية لحساب الموكل ، وجب عليه تسليم هذه العملة بذاتها لا تسليم ما يساويها بالعملة المصرية ، إلا إذا قضت تشريعات النقد الأجنبي بذلك[١] . وإذا كان في يد الوكيل للموكل أوراق مالية فاستهلكت أو ربح بعضها جوائز ، وجب على الوكيل أن يسلم للموكل قيمة ما استهلك من الأوراق المالية أو الجوائز التي ربحتها الأوراق[٢] . وللموكل أن يسترد من الوكيل الأعيان التي له بدعوى استحقاق ، إلى جانب دعوى الوكالة ، لأنه هو المالك لها .

ويرد الوكيل للموكل ما تسلمه لحسابه حتى لو لم يكن مستحقاً للموكل ، فليس للوكيل أن يبحث فيما تسلمه لحساب الموكل هل هو من حقه أو ليس من حقه ، هذا إلى أن الموكل لا الوكيل هو الذي يطالب برد غير المستحق . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في المادة ١٩٩٣ من التقنين المدني الفرنسي [٣] ، وهو متفق مع القواعد العامة فيسري في مصر دون نص . ومن ثم يرد الوكيل للموكل ما اقتضاه من الغير فوق ما يكون الغير ملزماً به ، مادام قد اقتضاه لحساب الموكل ، وإذا تملكه لنفسه اعتبر مبدداً [٤] . ولكنه

---

(١) نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعي ١٩٢٥ – ٢٥٧ – ١٤ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٩٢ – أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧– بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ – فإذا تعذر تسليم العملة الأجنبية بذاتها ، وجب تسليم قيمتها بالعملة الوطنية وقت التسليم لا وقت قبض الوكيل للعملة الأجنبية (نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعي ١٩٢٥ – ٢٣٧ – باريس ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ٢ – ١٢٩ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٤) .

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٣٥٨ – جرينوبل ٢٦ يوليه سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩ – ٢ – ٣٣١ – ١٤ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ – ٢ – ١٦٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٨ – أنسيكلوپيدي داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٢٤٥ .

(٣) جرينوبل ١٤ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢ – ٢ – ١٦٥ – بودري وڤال في الوكالة فقرة ٦٧٨ – أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص ٩١٧ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٤ – كولان وكاپيتان ودي لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٦٠ ص ٨٧١ – ومع ذلك انظر نقض فرنسي ٢٣ يوليه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٩ .

(٤) نقض فرنسي ١٧ و٢٢ يوليه سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ٧٦ – ٧ يوليه سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعي ١٩٣٤ – ٥١٠ – ترولون فقرة ٤٢٠ وما بعدها – پون ١ فقرة ١٠٠٨ – جيوار فقرة ١٣٦ – بودري وڤال في الوكالة فقرة ٦٧٩ – بلانيول وريبير =

لا يلزم برد ما اقتضاه دون حق بسبب غلط مادى أو خطأ فى الحساب أو لسبب غير مشروع ، فهذا إنما يلزم برده للغير الذى تسلمه منه[١] .

والموكل هو الذى يحمل عبء إثبات أن الوكيل قد تسلم شيئاً لحسابه[٢] ، ولكن إذا كان الوكيل مفوضاً فى قبض شىء فى ذمة الغير للموكل كان مسئولا عنه حتى لو لم يقبضه ، إلا إذا أثبت الوكيل أنه لم يتمكن من القبض بسبب قوة قاهرة[٣] .

وإذا لم يرد الوكيل ما بيده من مال للموكل وتصرف فيه أو استعمله لصالحه ، ارتكب جريمة التبديد فوق مسئوليته المدنية[٤] .

٢٧٠ — رفع الفوائد فى حالتين — نص قانونى : تنص المادة ٧٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٧ — بيدان ١٢ فقرة ٣١٥ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٧ .

(١) نقض فرنسى ١٠ يونيه سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٩ — ١ — ٣١٨ — ٢٤ يوليه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٢٦١ — جيوار فقرة ١٣٥ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٧٨ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٧ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ ص٩١٧ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٠ ص٨٧١ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٣٨ — وقارن عابدين ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٤٢ ص٥٣٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذى يدعون أنه قبضه ، فإن فعلوا تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى شؤون الموكل أو مصيره إليه . فإذا كان الثابت بتقرير الخبير أنه اعتمد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التى كان هو يرصد فيها حساب وكالته ، فإنه يكون على ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يقيموا هم بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) .

وإذا أثبت الموكل أن الوكيل قبض مبلغاً لحسابه وطالبه به ، لم يجز دفع دعوى المطالبة بأنه لا يجوز رفعها مباشرة من غير أن تسبقها دعوى حساب ، مادام الوكيل قد قصر فلم يدفع أمام محكمة الموضوع بوجوب تصفية الحساب وبأن نتيجته فى مصلحته ويقدم الدليل على ذلك (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٤ ص ٥٦١) .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ١١٣ — ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٢٤٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٧ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٤ — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٥ .

« ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه » .

« ٢ — وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى من ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر»[١] .

فهناك إذن حالتان يدفع فيهما الوكيل الفوائد عن المبالغ التى فى ذمته للموكل ، لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد كما تقضى القواعد العامة (م ٢٢٦ مدنى) ، بل قبل ذلك : (١) فوائد المبالغ التى تثبت فى ذمة الوكيل من حساب الوكالة ، وتدفع من وقت الإعذار . (٢) فوائد المبالغ التى استخدمها الوكيل لصالحه ، وتدفع من وقت استخدامها[٢] . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٣٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٣٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٥ — ص ٢٠٨) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٢٦/٦٤٦ : وعليه فوائد المبالغ المقبوضة من يوم مطالبته بها مطالبة رسمية (mise en demeure) أو من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه . وله الحق فى فوائد النقود التى دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٣٧ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٧٨٩ : ويجب عليه (على الوكيل) أداء فائدة الأموال التى تأخر فى دفعها . (ولم يبين التقنين اللبنانى ما إذا كان يجب الإعذار لسريان الفوائد ، ولم ينص على فوائد المبالغ التى استخدمها الوكيل لصالح نفسه) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا وقع مال للموكل فى يد الوكيل ، وجب على هذا ألا يستعمله لصالح نفسه ، فإن فعل كان مسئولا عن فوائده من وقت استخدامه . وكذلك يلتزم بالفوائد عما يتبقى فى ذمته عن حساب الوكالة من وقت إعذاره بالدفع . وهاتان حالتان وردتا استثناء من القاعدة التى تقضى بأن الفوائد لا تدفع إلا من وقت رفع الدعوى ، ففى الحالة الأولى تدفع الفوائد من وقت أن يستخدم الوكيل المال لصالح نفسه ، وفى الحالة الثانية من وقت الإعذار بالدفع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٨) .

ويرى الأستاذ أكثم أمين الخولى أن الحالة الأولى ليست إلا « تطبيقاً للإثراء بلا سبب لا شأن له بمبدأ لزوم المطالبة القضائية لسريان الفوائد ، هذا المبدأ خاص بحالة التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو ما لا يتحقق فى هذا الفرض لأن الوكيل لا يلزم من قبل تنفيذ الوكالة برد مال =

الحالة الأولى — فوائد المبالغ التي ثبتت في ذمة الوكيل من حساب الوكالة : فإذا صفى حساب الوكالة ، وتبقى في ذمة الوكيل للموكل مبالغ هي رصيد هذا الحساب ، وجب على الوكيل ردها للموكل كما سبق القول . وإذا تأخر في ردها ولم يعذره الموكل ، لم تجب عليه فوائد لهذه المبالغ ، بل يردها كما هي دون زيادة[1] . أما إذا أعذر الموكل الوكيل مطالباً إياه برد هذه المبالغ ، فإن الفوائد تسرى من وقت الإعذار برد المبالغ المتبقية في ذمة الوكيل[2] دون حاجة إلى ذكر الفوائد في الإعذار ، فإن المادة ٢/٧٠٦ مدنى قالت « من وقت أن يعذر » ، ولم تقل « من وقت أن يعذر بدفع المبالغ وفوائدها »

= الموكل بل باستخدامه في تنفيذ الوكالة » (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٠) . والحالة الثانية هي وحدها الاستثناء من القواعد العامة ، إذ فيها يكون الوكيل ملتزماً برد المال للموكل ويلتزم بدفع فوائده من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد (أكثم أمين الخولى فقرة ١٨٧) . ومقتضى جعل الحالة الأولى مجرد تطبيق لمبدأ الإثراء بلا سبب ألا يكون الوكيل مسئولا إلا عن أقل القيمتين ، قيمة ما أفاد هو وقيمة ما خسر الموكل ، وسنرى أن الوكيل يكون مسئولا عن جميع ما خسر الموكل ولو زاد على قيمة ما أفاده هو .

(١) نقض فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١ — ١ — ٣١٢ — ١١ يوليه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ — ١ — ٣٢٣ — ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٠٧ — ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٥٠١ — بودرى وڤال في الوكالة فقرة ٦٨٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٨ — كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٦٠ — ولا يجوز قبل الإعذار مطالبة الوكيل بالفوائد ، إلا إذا كان ذلك على سبيل التعويض عن الإخلال بالتزام معين ، كما إذا كان الوكيل قد تأخر دون مبرر في قبض ديون مستحقة للموكل أو امتنع عن استغلال مبالغ التزم باستغلالها ، فيطالب بفوائد الديون أو المبالغ على سبيل التعويض (نقض فرنسى ١٠ يوليه سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٥ — ١ — ٨٧ — ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٠٧ — بودرى وڤال في الوكالة فقرة ٦٨٨ مكررة — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩) — وقد قضى بأن الوكيل لا تكون ذمته مشغولة بأى مبلغ إلا بعد ظهور نتيجة الحساب ، فلا يلزم بفوائد إلا من تاريخ ظهور المبالغ في ذمته ومطالبته بهذه المبالغ ويكون ذلك بمجرد إعلان أو تنبيه بالدفع أو رفع دعوى (استئناف مصر ٩ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٢ ص ٣٩٨) .

(٢) استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٢٢ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٨ — بودرى وڤال في الوكالة فقرة ٦٩٠ — حتى لو كانت هذه المبالغ التي قبضها الوكيل هي نفسها فوائد مستحقة للموكل ، فتسرى الفوائد بالنسبة إليها لأنها تعتبر رأس مال في العلاقة ما بين الموكل والوكيل (ترولون فقرة ٤٩٩ — پون ١ فقرة ١٠٥٢ — جيوار فقرة ١٤٠ — بودرى وڤال في الوكالة فقرة ٦٨٤) .

كما قالت المادة ٢٢٦ مدنى « وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها »[١] . والإعذار يكون بإنذار الوكيل على يد محضر أو بما يقوم مقام الإنذار . ويقوم مقام الإنذار رفع الموكل دعوى على الوكيل بتقديم الحساب مع دفع الرصيد المتبقى فى ذمة الوكيل ولو لم يكن هذا الرصيد معلوم المقدار[٢] ، أما رفع الدعوى بتقديم الحساب دون ذكر لدفع الرصيد فلا يقوم مقام الإعذار بدفع الرصيد ولا يجعل الفوائد تسرى[٣] . والفوائد التى تسرى بالإعذار هى الفوائد محسوبة بالسعر القانونى ، أى ٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية[٤] . ويجوز الاتفاق مقدماً على أن يكون سعر الفوائد أكثر أو أقل من ذلك[٥] بشرط ألا يزيد على ٧٪ (م ٢٢٧ مدنى) ، كما يجوز الاتفاق على أن تسرى الفوائد من وقت انتهاء الوكالة وتعيين الرصيد المتبقى فى ذمة الوكيل دون حاجة إلى الإعذار[٦] .

---

(١) قارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٨ .

(٢) نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ – ١ – ٦٦ – ٨ يونيه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ – ١ – ٤٦٤ – ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ٤٠٧ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٨٥ ص ٣٦٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٨ – ص ٩١٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٢٥٩ .

(٣) نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٣ – ١ – ٤١٦ – جيوار فقرة ١٤٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٩٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ هامش ١ .

(٤) وذلك ما لم يثبت الموكل سوء نية الوكيل وعند ذلك يتقاضى تعويضاً أكبر . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن تأخر المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ، ما لم يثبت أن هذا التأخر كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائى بالدائن ، وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدنى التى جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتقنيناً لما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم المدين بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفرق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور الحكم الابتدائى علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخر فى الوفاء دون أن يستظهر سوء نية المدين ، فإنه يكون مشوباً بالتقصير (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٦ ص ٥٦١) .

(٥) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٩٠ .

(٦) وإذا اضطر الوكيل . بسبب الخلاف مع الموكل على الحساب ، أن يودع مبلغاً خزانة المحكمة لحساب الموكل ، لم يكن مسئولا عن فوائد هذا المبلغ ، ويقتصر الموكل على الفوائد التى يتقاضاها من خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٦) .

الحالة الثانية — فوائد المبالغ التي استخدمها الوكيل لصالحه : وإذا وقع في يد الوكيل مبلغ لحساب الموكل واستخدمه لصالحه[1]، وجب عليه دفع فوائد هذا المبلغ بالسعر القانوني سالف الذكر ، وذلك من وقت استخدامه المبلغ لصالحه دون حاجة لإعذار[2] . وعبء إثبات أن الوكيل استخدم المبلغ لصالحه يقع على الموكل[3]، ويقع عليه أيضاً أن يثبت الوقت الذي استخدم فيه الوكيل المبلغ لصالحه حتى يكون هذا الوقت مبدأ لسريان الفوائد[4] . فإن لم يمكن إثبات وقت استخدام المبلغ ، ولكن ثبت أن الوكيل استخدمه لصالحه ،

---

(١) وقد يصل في استخدام المبلغ لصالحه إلى حد أن يتملكه ويتصرف فيه كالك ، فيكون في هذه الحالة مبدداً .

(٢) وقد يكون الوكيل مسئولا عن تعويض أكبر من الفوائد القانونية . فإذا استعمل مثلا لصالح نفسه مبلغاً كان يجب أن يؤدى به ديناً في ذمة الموكل ، وترتب على ذلك أن حجز الدائن على أموال الموكل ، فإن الوكيل يكون مسئولا عن تعويض الموكل ما لحقه من ضرر بسبب الحجز ومصروفاته ولو زاد ذلك على الفوائد القانونية للمبلغ الذي استعمله لصالحه (نقض فرنسى ١٨ سبتمبر سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٣ — ٥ — ١٢٤ — بون ١ فقرة ١٠٤٥ — لوران ٢٧ فقرة ٥١٠ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ وهامش ٧ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٣ — عكس ذلك جيوار فقرة ١٤٤ — بودرى وفال في الوكالة فقرة ٦٩٠) .

(٣) نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٤٥٤ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ — ١ — ٦٦ — ٢٧ فبراير سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٤ — ١ — ١٢٢ — ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ — ١ — ٥١٨ — ترولون فقرة ٥٠٣ — بون ١ فقرة ١٠٤٣ — لوران ٢٧ فقرة ٥٠٨ — فقرة ٥٠٩ — جيوار فقرة ١٤١ — بودرى وفال في الوكالة فقرة ٦٩٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٤ ص ٩١٤ وفقرة ١٤٧٨ ص ١٩١٩ — ص ٩٢٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن استغلال الوكيل لأموال موكله أمر لا يفترض ، بل يجب توافر الدليل عليه وعلى تاريخ حصوله ، ومن ثم فإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يعدو أن يكون عرضاً لصور مماطلة الوكيل في الوفاء ، ولا يحمل الدليل على ما انتهى إليه من ثبوت استغلال الوكيل لما حصله من أموال الموكل ، فإنه يكون قاصر البيان (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨٦ ص ٥٦١) .

وليس على الموكل أن يثبت في أى وجه على التحقيق استخدم الوكيل المبلغ لصالحه (لوران ٢٧ فقرة ٥٠٩ — جيوار فقرة ١٤١ — بودرى وفال في الوكالة فقرة ٦٩٤) .

(٤) جيوار فقرة ١٤١ — بودرى وفال في الوكالة فقرة ٦٩٣ — ووقت استخدام المبلغ مسألة واقع تثبت بجميع الطرق ، ويبت فيها قاضى الموضوع (نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٤٠٧ — جيوار فقرة ١٤١ — بودرى وفال في الوكالة فقرة ٦٩٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ — محمد على عرفة ص ٣٩١) .

سرت الفوائد من وقت انتهاء الوكيل من أعمال الوكالة[١] . وإذا لم يدرج الوكيل فى الحساب مبلغاً فى يده للموكل ، ولم يكن ذلك عن غلط أو سهو ، اعتبر ذلك قرينة على أنه قد استخدم هذا المبلغ لصالحه[٢] . كذلك إذا استولى على مبلغ يزيد على أجره ، ولم يكن ذلك عن غلط ، اعتبرت الزيادة مبلغاً استخدمه لصالحه[٣] . وعلى الوكيل أن يثبت الغلط أو السهو الذى وقع فيه . وإذا أصاب الموكل ضرر أكبر من جراء استخدام الوكيل لصالحه المبالغ التى فى يده للموكل ، كأن حرم الموكل من استغلال هذه المبالغ بربح أعلى ، جازت زيادة الفوائد بمقدار ما يعوض هذا الضرر[٤] . وفوائد المبالغ التى استخدمها الوكيل لصالحه تدخل فى الحساب الذى يقدمه وتعتبر جزءاً من هذا الحساب لا يتجزأ ، ومن ثم لا تسقط بالتقادم الخمسى كما هو الأمر فى الفوائد الدورية ، بل تسقط مع الحساب نفسه بخمس عشرة سنة[٥] .

---

(١) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ – ١ – ٣٧٩ – لوران ٢٧ فقرة ٥٠٩ – جيوار فقرة ١٤١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٩٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٥٤ .

(٢) نقض فرنسى ٢٥ نوفبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ – ١ – ٦٦ – جيوار فقرة ١٤١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٩٣ – محمد على عرفة ص ٣٩١ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩٢٠ – فإن أخذ الوكيل أجراً زائداً عن غلط رده دون فوائد بموجب دعوى رد ما دفع دون حق (نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ – ١ – ٢٧٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٤٣ – وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٩) . وإذا أدرج الوكيل مبلغاً وهمياً فى المصروفات ، حذف المبلغ وحسبت فوائده على الوكيل من وقت إدراجه (نقض فرنسى ٢٥ نوفبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤ – ١ – ٦٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨) .

(٤) نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٣ – ٥ – ١٢٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ .

(٥) قارن استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٥ – وانظر نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ – ١ – ٤٠٣ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٦٨٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٣ ص ٢١٨ هامش ٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩١٩ .

وإذا لم يكن المال الذى استخدمه الموكل لصالحه نقوداً ، لم يكن هناك محل لدفع فوائد ، وإنما يكون هناك محل لدفع تعويض (نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٣٠٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٨ ص ٩٢٠) .

٢٧١ — رد الأوراق والمستندات وسند التوكيل : ويجب على الوكيل أيضاً ، بعد انتهاء الوكالة ، أن يرد ما فى يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة وتخص الموكل .

فقد يكون الموكل أعطاه أوراقاً ووثائق يستعين بها فى تنفيذ الوكالة ، كدفاتر وسجلات وإعلام وراثة وحجة وقف وعقود وغير ذلك من الأوراق والوثائق ، فيجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يرد كل ذلك للموكل .

وقد يحصل الوكيل فى أثناء تنفيذ الوكالة على مستندات تخص الموكل ، كما إذا عقد شراء لحساب الموكل أو استأجر له عيناً أو أقرض ماله أو وفى ديونه ، فيجب فى هذه الأحوال على الوكيل أن يرد للموكل عقد الشراء أو عقد الإيجار أو عقد القرض أو المخالصة بالديون[1] .

وسنرى أن للوكيل أن يحبس هذه الأشياء فى يده حتى يستوفى حقوقه من الموكل[2]. ولكن هناك شيئاً لا يجوز للوكيل أن يحبسه ، بل يجب عليه أن يرده للموكل عند انتهاء الوكالة ولو كانت له حقوق فى ذمة الموكل لم يستوفها ، وذلك هو سند التوكيل . ذلك أن بقاء هذا السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة لا مبرر له ، ويخشى أن يستعمله الوكيل بعد أن زالت وكالته . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٩٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — على الوكيل ، إذا كان قد حصل على سند يثبت الوكالة ، أن يرد السند للموكل عند انتهاء الوكالة ، ولا يجوز له الاحتفاظ به ضماناً لحقوقه قبل الموكل . ٢ — فإذا أهمل الموكل

---

(١) وقد نصت المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتى : « على المحامى عند انقضاء التوكيل أن يرد لموكله عند طلبه المستندات والأوراق الأصلية . ومع ذلك يجوز له إذا لم يكن حصل على أتعابه أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التى تصلح سنداً له فى المطالبة ، وأن يبقى لديه المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدى له الموكل مصروفات استخراج تلك المحررات — ويقوم مجلس النقابة بالتصديق على صور المستندات والأوراق التى ليست لها أصول ثابتة بسجلات المحاكم — ولا يلزم المحامى أن يسلم موكله مسودات الأوراق التى حررها فى الدعوى ولا الكتب الواردة إليه منه ولا المستندات المتعلقة بما أداه عنه ولم يؤد إليه ، ومع ذلك يجب على المحامى أن يعطى موكله صوراً من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته » .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٢٩٦ .

أو خلفاؤه فى حمل الوكيل على رد السند ، فإنهم يكونون مسئولين عن الضرر الذى قد يصيب الغير حسن النية من جراء ذلك » . وقد حذف هذا النص فى فى لجنة المراجعة[١] ، ولكن أحكامه تتفق مع القواعد العامة ، فيعمل به بالرغم من حذفه[٢] . وقد ورد فى شأنه فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما نجتزئ هنا بإيراده ففيه الغناء : « ولما كان سند الوكالة فى يد الوكيل لأنه مطالب بإثبات وكالته للغير كما تقدم ، فيجب عليه أن يرده إليه أو إلى ورثته عند انتهاء الوكالة ، ولا يجوز للوكيل أن يحبس السند استيفاء لحقوقه . واسترداد السند من الوكيل فى الوقت المناسب يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة ، وإلا كانوا سيئى النية — كما أن بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغرر بالغير فيتعاملون مع الوكيل ، وقد تقدم أن للغير فى هذه الحالة أن يتمسكوا بالوكالة . ولهم فى كل الأحوال أن يرجعوا بالتعويض عما يصيبهم من ضرر على كل من الموكل أو الوكيل . وإذا تلكأ الوكيل فى رد سند الوكالة ألزم بذلك ، وكان مسئولا عن التعويض . وللموكل أن يشهر انتهاء الوكالة بالطريقة المناسبة[٣]» .

٢٧٢ — المخالصة بإبراء ذمة الوكيل : بعد أن يؤدى الوكيل الحساب للموكل ، ويرد إليه جميع ما فى يده له من مال وأوراق ومستندات وفوائد مستحقة مع سند التوكيل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، يعطيه الموكل مخالصة بإبراء ذمته (décharge)[٤] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٧ فى الهامش .

(٢) وكانت المادة ٥٣١/٦٥٢ من التقنين المدنى القديم تنص على ما يأتى : « وعلى الوكيل بعد انتهاء توكيله أن يرد للموكل السند المعطى له بالتوكيل » .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٨ — ومع ذلك فقد نصت المادة ٤٢ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتى : « ليس للموكل عند انتهاء التوكيل لأى سبب من الأسباب أن يسترد سند التوكيل . ويجب على المحامى إيداعه قلم كتاب المحكمة المختصة إن لم يكن قد أودعه ملف الدعوى ، وعلى كاتب المحكمة إذا طلب منه أن يؤشر فوراً على ذلك السند وعلى صوره المودعة قلم الكتاب ما يفيد انتهاء الوكالة » .

(٤) ومتى وافق الموكل على الحساب وهو على بينة من أمره وقد قدمت له المستندات اللازمة ، لم يجز له بعد ذلك الرجوع فى موافقته وطلب حساب جديد (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٣٤ =

وإذا اقتصر الموكل على إقرار (ratification) أعمال الوكيل ، فيغلب أن يكون المقصود من ذلك أن يقر الموكل تصرفات الوكيل مع الغير فتكون نافذة فى حقه ، دون أن يكون فى ذلك إبراء لذمة الوكيل من مسئوليته قبل الموكل[١] ، وذلك ما لم يستخلص من الظروف أن هذا الإقرار يتضمن أيضاً إبراء ذمة الوكيل[٢] .

على أن المخالصة بإبراء ذمة الوكيل ليس من شأنها فى الأصل أن تبرئ ذمة الوكيل مما عسى أن يكشف عنه الموكل فيما بعد من خطأ أو تقصير ارتكبه الوكيل ، فيبقى هذا مسئولا عن خطأه بالرغم من المخالصة[٣] . بل إن للموكل ، بعد أن يصدق على الحساب الذى قدمه له الوكيل ، أن يطلب منه ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، المستندات التى تدعم هذا الحساب[٤] . وذلك كله ما لم يتبين فى وضوح من المخالصة أن الموكل قد أراد إبراء ذمة الوكيل نهائياً من مسئوليته عن جميع أعمال الوكالة ، ويشترط فى هذه الحالة ألا يكون الوكيل قد حصل على المخالصة بطريق الغش كأن أخفى عن الموكل مستندات أو معلومات أخرى[٥] .

وإذا امتنع الموكل من إعطاء الوكيل مخالصة بإبراء ذمته ، جاز للوكيل أن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته من أعمال الوكالة .

= م ٤٧ ص ١٨) . وليس للموكل أن يطلب الاطلاع من جديد على مستندات حساب سبق أن اطلع عليها ووافق بعد ذلك على الحساب ، بدعوى أنه يريد مراجعة الحساب من جديد ، ما لم يكن هناك غش من جانب الوكيل (نفس الحكم السابق) . وإذا وقع نزاع فى بعض المبالغ ، فللموكل أن يرفع دعوى بما وقع عليه النزاع ، وليس له أن يطالب بتقديم حساب جديد بعد أن تمت موافقته على الحساب (نفس الحكم السابق) .

(١) نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ - ١ - ١٦٥ .

(٢) نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ - ١ - ٢٩٣ - بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ .

(٣) نقض فرنسى ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ - ١ - ٢٦٥ - بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢٠ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٢٤٤ .

(٤) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٤ - ١ - ٩٧ .

(٥) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢٠ .

فإذا لم يحصل الوكيل على مخالصة بإبراء ذمته ولا على حكم بذلك ، كان معرضاً لرجوع الموكل عليه فى كل وقت إذا كان هناك وجه لذلك[1] ، ولا يتقادم حق الرجوع هذا إلا بخمس عشرة سنة من وقت تقديم الحساب للموكل[2] . فإن لم يقدم الوكيل حساباً ، سقطت دعوى تقديم الحساب نفسها بانقضاء خمس عشرة سنة ، وسرت المدة من وقت انتهاء أعمال الوكالة[3].

على أن التقادم لا يمنع الموكل من أن يرفع دعوى استحقاق على الوكيل يسترد بها فى يد الوكيل من أعيان مملوكة له ، ولا يجوز للوكيل أن يحتج بالتقادم المكسب لأن يده كوكيل على هذه الأعيان يد عارضة[4] .

---

(١) ولكن لا يجوز للموكل أن يتمسك بالمقاصة فى دين ثابت عليه للوكيل وما على الوكيل من رصيد حساب الوكالة ، مادام هذا الحساب لم يصف وقد قام نزاع فى شأنه ، وعلى الموكل أن يدفع الدين الثابت فى ذمته للوكيل مع حفظ حقه فى محاسبة هذا الأخير عما دخل فى ذمته من ماله مدة وكالته عنه (نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن الدائن الراهن فى استغلال وإدارة العين المرهونة وقبض ريعها ، وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حساباً مفصلا عن ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٣) .

ومع ذلك فقد قضت المادة ٤٣ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتى : « يسقط حق الموكل فى مطالبة محاميه بالأوراق والمستندات المودعة لديه بعد مضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء مهمته . أما إذا طلبها الموكل قبل مضى المدة بكتاب موصى عليه ، فتبدأ مدة السقوط من تاريخ هذا الكتاب » .

(٣) نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥ – استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥ – ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢١٩ – ١٦ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٧ – بون ١ فقرة ١٠١٤ – لوران ٢٧ فقرة ٥٢٤ – جيوار فقرة ١٤٨ – بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٦٩٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٧٩ ص ٩٢١ .

ولا يقف سريان تقادم دعوى تقديم الحساب قيام نزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما لا يعتبر عائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٥) .

(٤) بون ١ فقرة ١٠١٤ – جيوار فقرة ١٤٨ – بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٦٩٦ – =

المبحث الثانى

التزامات الموكل

المطلب الأول

دفع الأجر

٢٧٣ — نص قانونى : تنص المادة ٧٠٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

« ٢ — فإذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة[١] » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادتين ٥١٣ — ٦٢٧/٥١٤ — ٦٢٨[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

= وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن وضع يد الناظرة ، بصفتها ناظرة ، على أعيان مهما طال زمنه لا يكسبها ملكيتها ، لأنها لم تضع يدها إلا بصفتها وكيلة عن جهة الوقف ، ويد الوكيل لا تؤدى إلى الملكية إلا إذا تغيرت صفتها (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧ ص ٤٠ — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٥ — ص ٢١٧) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٦٢٧/٥١٣ : يعتبر التوكيل دون مقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك ، أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل .

م ٦٢٨/٥١٤ : الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضى وتقدير المقابل بحسب ما يتصوبه . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، وقد زاد التقنين الجديد بأن قنن صراحة القاعدة التى تقضى بعدم جواز تعديل الأجر إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، وكان القضاء المصرى يجرى على هذه القاعدة فى عهد التقنين القديم دون نص) .

م ٦٧٥ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٧٠٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٤٠ – وفى التقنين المدنى اللبنانى م ٧٧٠ وم ٧٩٤ – ٧٩٥[1] .

والنص المتقدم الذكر يعرض لأجر الوكيل بوجه عام . وأبرز تطبيق عملى للوكيل المأجور هو المحامى ، وقد ورد فى قانون المحاماة سلسلة من النصوص تنظم أتعاب المحامى لأهمية هذه المسألة .

فنبحث : (١) الأجر بوجه عام . (٢) أتعاب المحامى .

§ ١ – الأجر بوجه عام

٢٧٤ – *فرضان* : يستخلص من نص المادة ٧٠٩ مدنى سالفة الذكر أنه يجب التمييز بين فرضين : الفرض الأول أنه لا يوجد اتفاق على الأجر بين الموكل والوكيل ، والفرض الثانى أن هذا الاتفاق موجود .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٠٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٤٠ : ١ – إذا اشترطت الأجرة فى الوكالة وأوفى الوكيل العمل ، يستحقها . وإن لم تشترط فإن كان الوكيل ممن يعمل بأجر فله أجر المثل ، وإلا كان متبرعاً . ٢ – وإذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . هذا مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٧٠ : تكون الوكالة فى الأصل بلا مقابل . وليس ما يمنع اشتراط الأجر . ولا يقدر كونها مجانية فى الأحوال الآتية : أولا – إذا كان الوكيل يقوم بمقتضى مهنته أو صنعته بالخدمات المعقودة عليها وكالته . ثانيا – إذا كانت الوكالة من تجار لأعمال تجارية . ثالثا – إذا كان العرف يقضى بدفع أجر عن الأعمال المعقودة عليها الوكالة .

م ٧٩٤ : لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه : أولا – إذا منعته قوة قاهرة عن الشروع فى تنفيذ الوكالة . ثانيا – إذا كانت القضية التى وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها . ثالثا – إذا لم تتم القضية التى من أجلها أعطيت الوكالة . ويراعى فى هذه الحالة الأخيرة العرف التجارى أو المحلى – على أنه يحق للقاضى أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تعويضا ، مراعاة لمقتضى الحال .

م ٧٩٥ : إذا لم يكن الأجر مسمى ، فإنه يعين بناء على العادة المرعية فى المكان الذى انعقدت فيه الوكالة ، وإلا فبحسب الظروف .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، ولم يذكر التقنين اللبنانى أن أجر التوكيل يكون خاضعاً لتقدير القاضى) .

٢٧٥ — لا يوجد اتفاق على الأجر : تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ مدنى فيما رأينا : « الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك .. » . فإذا لم يوجد بين الموكل والوكيل اتفاق على الأجر كانت الوكالة غير مأجورة وكان الوكيل متبرعاً ، واعتبرت الوكالة فى هذه الحالة من عقود التبرع[1] . ويرجع ذلك إلى عهد بعيد فى تقاليد القانون الرومانى . فقد كانت الوكالة فى هذا القانون تبرعية حتماً ، وكان لا يجوز أن يعطى الوكيل أجراً . ولذلك كان الفرق بين الوكالة والمقاولة ينحصر فى الأجر ، إذ كانت الوكالة يجوز أن تقع كالمقاولة على أعمال مادية ولاتقتصر على التصرفات القانونية ، ولاتتميز عن المقاولة إلا فى أنها غير مأجورة حتماً أما المقاولة فتكون دائماً مأجورة . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن بعض المهن الحرة فى القانون الرومانى ، وبخاصة مهنة المحامى ومهنة الطبيب ، كانت من المكانة الرفيعة فى نظر الرومان بحيث تتعالى عن الأجر ، فلا يجوز للمحامى أو الطبيب أن يأخذ أجراً على عمله . فكُيِّف العقد فى هذه المهن على أنه وكالة لا مقاولة ، لا لأنه يقع على تصرفات قانونية فالطبيب إنما يقوم بأعمال مادية محضة ، بل لأن العقد لا أجر فيه . وتطور القانون الرومانى ، وكان من الطبيعى مع تطور الظروف الاقتصادية أن يعيش أصحاب المهن الحرة من ممارسة مهنهم ، فأجيز لهم ، لا أن يأخذوا أجراً (salaire) ، بل أن يتقاضوا أتعاباً تحمل معنى التقدير (honoraires) ، يطالبون بها لا بموجب دعوى الوكالة بل بدعوى أخرى غير عادية

---

(١) فالملاك على الشيوع أو الورثة إذا وكلوا أحدهم فى إدارة الملك الشائع أو التركة ولم يكن هناك اتفاق على أجر ، كانت الوكالة غير مأجورة (جرينوبل ٣ يوليه سنة ١٨٩٤ مجموعة جرينوبل ٩٤ — ٢٥٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٧ ص ٣٨٣ هامش ٣) . والشركاء إذا وكلوا أحدهم فى تصفية الشركة أوفى إدارتها أو فى قبض ديونها دون اتفاق على أجر ، كان الشريك الوكيل متبرعاً .

وقد قضت محكمة النقض بأن الأصلى فى الوكالة أنها تكون بغير أجر مقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أوشرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة إلى أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون ، ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده ، فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين ، وهى ليست حالته (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢) .

(persecutio extra ordinem)[1] . وانتقلت هذه التقاليد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكانت الوكالة فيه تبرعية حتما ، وإذا أعطى الوكيل أجرا لم يكن هذا الأجر بموجب عقد الوكالة ذاته ، بل بموجب عقد مستقل هو عقد تبرع آخر ولكن من الموكل للوكيل للتدليل على اعترافه بالجميل ، فكان الوكيل يتبرع بالعمل والموكل يتبرع بالأجر[2] .

وحمل التقنين المدنى الفرنسي طابع هذه التقاليد ، إذ هو بعد أن أقر ، مطاوعة لتطور الظروف ، أن يأخذ الوكيل أجراً دون أن تكون عليه غضاضة فى ذلك ، فهو يكسب عيشه من مهنته وله أن يطالب بأجره بموجب عقد الوكالة ذاته ، إلا أن الوكالة جعلت فى هذا التقنين تبرعية فى الأصل ، ولا يكون للوكيل أجر إلا إذا اتفق عليه مع الموكل . وتأثر القضاء الفرنسى بأن أجر الوكيل لا يكون إلا باتفاق ، فذهب إلى أنه حتى مع وجود هذا الاتفاق يجوز للقضاء تخفيض أجر الوكيل كما سنرى . وتابع التقنين المدنى المصرى القديم هذه التقاليد ، ونص على أن « يعتبر التوكيل بلامقابل ، ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك ، أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل » (م ٥١٣/٦٢٧) ، كما نص صراحة على أن « الاتفاق على مقابل معين لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضى وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه » (م ٥١٤/٦٢٨) . ونقل التقنين المدنى المصرى الجديد هذا كله عن التقنين المدنى القديم ، وتمثل ذلك كما رأينا فى نص المادة ٧٠٩ .

٢٧٦ — يوجد اتفاق على الأجر : ويخلص مما تقدم أن الوكيل لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك . وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً ، ولكن فى كثير من الأحوال يكون هذا الاتفاق ضمنياً[3] . وقد أشارت الفقرة الأولى

---

(١) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٧٨ ص ١٨٥ وفقرة ٧٢٦ ص ٣٨١ — ص ٣٨٢ .

(٢) دوما (Domat) الكتاب الثالث الباب الخامس عشر القسم الثانى فقرة ١ — بوتييه فى الوكالة فقرة ٢٢ — فقرة ٢٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٧٨ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ وفقرة ٧٢٦ .

(٣) وسواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمنياً ، فعبء إثباته يقع على الوكيل ، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الوكالة مأجورة (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٨٨١ داللوز ٨١ — ١ — ٤٨ — أول مارس سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٦ — ١ — ٣١٤ — ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ =

من المادة ٧٠٩ مدنى صراحة إلى ذلك حين تقول : « الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غيره ذلك صراحة ، أويستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

وأبرز حالات الوكيل التى يستخلص منها ضمناً أن الوكالة مأجورة هى مهنته[1] . فإذا كان الشخص يحترف مهنة يكسب منها عيشه ، فالمفروض أن الوكالة التى تدخل فى أعمال هذه المهنة تكون مأجورة . فمن وكل محامياً أو وكيلا بالعمولة أو سمساراً أو رجل أعمال أومأمور تفليسة (سنديك) أو مصرفاً أوصيرفياً أوغير هؤلاء ممن يحترفون مهنة يتكسبون منها ، وبخاصة إذاكانت هذه المهنة تجارية[2] ، يكون قد اتفق ضمناً مع الوكيل على إعطائه أجراً كما هى العادة[3] . وقد انتشرت الوكالة المأجورة فى الحياة العملية ،

= سيريه ٨٨ – ١ – ٧٧ – أول ديسمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٣–١ – ٤٩٧ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٣٥ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٤ وص ٩٢٥ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٩١ – محمد كامل مرسى فقرة ١٧٢ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر ، إلا إذا اتفق صراحة على الأجر أواستخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل كأن تكون الأعمال التى يقوم بها هى من أعمال حرفته ، كما هو الأمر بالنسبة للمحامى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٢) . وقد يستفاد الاتفاق الضمنى من ظروف التعاقد الأخرى غير حالة الوكيل (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٠ ص ٥٢٣) .

(٢) استئناف وطنى ١١ فبراير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٥٧ – ٩ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٦ – استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٨ – محمد كامل مرسى فقرة ١٧٠ ص ٢٢٣ – ص ٢٢٤ .

(٣) نقض فرنسى ٨ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٢٢ – أول ديسمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٣ – ١ – ٤٩٧ – ١٥ يوليه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٥٦١ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ جازيت دى پاليه ١٩٢٨ – ١ – ٢١٣ – ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت دى پاليه ١٩٣٠ – ٢ – ١٢٥ – أول يوليه سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ٤٢٨ – جيوار فقرة ١١ وفقرة ١٣ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ هامش ٦ (٢) – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ – على أن صاحب المهنة الحرة قد يكون وكيلا غير مأجور فى أعمال مهنته ، إذا تبين من الظروف أنه قصد القيام بالوكالة دون أجر لصداقة أوقرابة تربطه بالموكل مثلا (نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ – ١ – ٧٧) ، أولأن له مصلحة شخصية فى القيام بالوكالة ولو بدون أجر (نقض فرنسى ٢٩ يونيه سنة ١٨٨٠ داللوز القضاء العام الملحق لفظ avoué فقرة ٢٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ هامش ٦ (٢) – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ – ٩٢٥) .

حتى طغت على الوكالة غير المأجورة وهى الوكالة التى يقوم بها الصديق تفضلا ومجاملة ، وحتى أصبح الواقع هو عكس القانون ، فالوكالة تكون فى الكثرة الغالبة من الأحوال مأجورة مالم يشترط أويتبين من الظروف أنها غير مأجورة[1] . وتقدير ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة يترك لقاضى الموضوع[2] .

ويغلب أن يكون أجر الوكيل مبلغاً من النقود ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون غير نقود ، كما إذا اتفق الوكيل مع الموكل على أن يأخذ أجره حصة من العين التى يشتريها بالوكالة عنه . وسنرى أن المحامى ، استثناء مما تقدم ، لا يجوز أن تكون أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه .

وإذا اتفق على أجر ، صراحة أوضمناً ، فيغلب أن يكون الأجر مستحقاً للوكيل ولو لم ينجح فى مهمته[3] ، فهو إنما يؤجر على ما بذل من جهد دون نظر إلى ما يفضى إليه هذا الجهد من نتائج ، إذ أن التزامه كما قدمنا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية[4] . ولكن لاشيء يمنع من الاتفاق على أن

---

(١) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٣٦٣ ص ١٧٦ وفقرة ٧٢٧ ص ٣٨٣ — فإذا تبين أن الوكالة غير مأجورة ، لم يجز للوكيل أن يطالب بأجر على مابذل من جهد بموجب قواعد الإثراء بلا سبب ، فإن هذه القواعد لا محل لتطبيقها إلا حيث لا توجد رابطة عقدية بين الطرفين (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٧ — وقد قضى بأن إدارة الوكيل لأموال الموكل مدة طويلة وانقطاعه لذلك ، دون أن تكون بينهما صلة قرابة ، ودون أن تكون حالة الوكيل المالية تسمح بالانقطاع لعمل دون أجر ، كل ذلك يستخلص منه أن الوكالة مأجورة (استئناف مختلط ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩) — وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ٣٩ ص ١٨٦ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٠٤ وفقرة ٧٣٣ وفقرة ٧٤٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ .

(٤) وقد قضى بأن الوكيـل يستحق أجره ورد ما تكبده من المصاريف فى سبيل أداء المأمورية التى كلفه بها الموكل ، بغض النظر عن النتائج إن كانت حسنة أوغير حسنة ، ما دام أن الموكل لم يقدم أى دليل على أن الوكيل ارتكب خطأ أدى إلى النتيجة السيئة ، كذلك إذا لم يكن هناك شرط بينهما يعلق ترتيب أجرة الوكيل أو مقدارها على النتيجة الحسنة (مصر الوطنية ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨) .

يكون التزام الوكيل التزاماً بتحقيق غاية ، ويحصل ذلك غالباً فى توكيل الوسطاء والسماسرة والطوافين والممثلين التجاريين والجوابين ومندوبى التأمين ورجال الأعمال فى عقد الصفقات ، على ألا يؤجروا إلا إذا عقدوا هذه الصفقات وبمقدار ما عقدوا منها[1] . ومن ذلك أن يتفق الموكل مع المحامى على ألا يستحق الأتعاب ، أو على ألا يستحق المؤخر منها ، إلا إذا كسب الدعوى . ويقع ذلك أيضاً إذا عهدت شركة إلى وكلاء لها فى مناطق معينة بعقد الصفقات كل فى المنطقة المحددة له ، ولا يأخذ الوكيل أجراً إلا على الصفقات التى يعقدها ، ويكون الأجر عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة ، ويغلب أن يكون الوكيل فى هذه الحالة محتكراً لمنطقته ، فلا يجوز للشركة أو لوكيل عنها آخر أن يعقد صفقة فى هذه المنطقة إلا بوساطته[2] ، وإذا وقع ذلك فإن الوكيل يستحق

(١) استئناف وطنى ٩ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٢٦ – ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ١٣٠ – ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٣٣٠ – استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٥٤ – ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٥ – نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٥٦١ . على أن الوكيل يستحق الأجر ولو لم يعقد الصفقة ، إذا كان عدم عقدها راجعاً إلى خطأ الموكل أو إلى تعنته فى عدم إتمام الصفقة أو التصديق عليها أو تنفيذها بعد أن توافرت جميع الشروط المطلوبة (نقض فرنسى ١٨ يونيه سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٤٨٧ – ٢ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ١ – ١٨٨ – ١٤ يونيه سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٢ – ١ – ٣٣٣ – باريس ٢٩ يناير سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٧ – ٢ – ٢٤ – ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٤٦٨ – ١٦ نوفبر سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ – ١٤١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٤٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٥ – ص ٢٢٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦) .

كذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون الأجر مرهوناً ، لا بعقد الصفقة فحسب ، بل أيضاً بملاءة العميل الذى تعاقد مع الوسيط ، ويستحق الجوابون والطوافون والممثلون التجاريون عامة أجورهم على ما يحصلونه من العملاء بعد إتمام الصفقة (نقض فرنسى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٩ داللوز ١٩٣٠ – ١ – ٩٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ – ص ٩٢٧ – محمد كامل مرسى فقرة ١٧١ ص ٢٢٥) .

(٢) واحتكار الوكالة لا يفترض ، بل يجب اشتراطه ، وقد يستخلص شرط الاحتكار من العرف أو من الظروف (جرينوبل ١٨ يونيه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٥ – ٥ – ٤٦٨ – باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٩ – ٢ – ١١) . فإذا وجد شرط الاحتكار ، لم يجز للموكل أن يعقد صفقة دون وساطة الوكيل المحتكر ، حتى لو كانت هذه الصفقة بشروط أفضل مما اتفق عليه مع الوكيل . أما إذا لم يوجد شرط الاحتكار ، فإنه يجوز للموكل أن يعقد صفقات دون وساطة الوكيل ، وإن كانت الظروف فى بعض الأحوال قد تبرر رجوع الوكيل بما أنفقه =

الأجر عن الصفقة التي عقدت بدون وساطته(١) ، وهذا ما يسمى بالاتفاق على احتكار الوكالة (convention d'exclusivité) . كذلك يكون الأجر فى الوكالة مرهوناً بإتمام الصفقة إذا عهد مؤلف إلى ناشر ببيع نسخ من كتابه ، على أن يتقاضى عمولة عن كل نسخة يبيعها ، وتكون عادة نسبة مئوية من ثمن النسخة ، ويغلب أن يكون الناشر محتكراً لبيع الكتاب(٢) .

وإذا كان شخص واحد هو الوكيل عن الطرفين فى الصفقة ، وعلم كل منهما بذلك ، استحق الوكيل الأجر المتفق عليه من كل من الطرفين . وإذا تعدد الوكلاء فى الصفقة الواحدة ، لم يكونوا متضامنين فى استحقاقهم للأجر ، بل يقسم الأجر عليهم بالتساوى ، إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك(٣) .

٢٧٧ — *مقدار الأجر* : أما مقدار الأجر ، إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة ، فقد لا يقوم الطرفان بتعيينه ، بأن يقتصر الوكيل على اشتراط الأجر دون أن يتفق مع الموكل على تعيين مقداره ، أو كما هو الغالب بأن يكون الاتفاق على الأجر ضمنياً مستخلصاً من مهنة الوكيل أو من أى ظرف آخر فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن تكون الوكالة مأجورة دون تعيين لمقدار الأجر . فى جميع هذه الأحوال ، إذا اختلف الطرفان فى تعيين مقدار الأجر ، تولى القاضى تعيين هذا المقدار ، ويرجع فى ذلك إلى أهمية العمل وإلى ما يقتضيه

= من مصروفات (باريس ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٩ — ٢ — ١١ وهو الحكم السابق الإشارة إليه — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ وهامش ٧) . كذلك يجوز ، حتى بعد انتهاء الوكالة ، أن يعطى الوكيل أجراً يقدره القاضى عن صفقة يعقدها الوكيل بعد انتهاء الوكالة (نقض فرنسى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ — ٥٥٤) — انظر فى القول بأن شرط الاحتكار (القصر) باطل أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٦ ص ٢٤٧ هامش ١ — ونرى أن الشرط صحيح على أن يكون شرطاً معقولا (raisonnable) ، ويغلب أن يكون معقولا إذا كان محدوداً فى الوقت أو فى العمل (نقض فرنسى ٧ مايو سنة ١٩٣٤ جازيت دى پاليه ١٩٣٤ — ٢ — ٢١١ — باريس ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ جازيت دى پاليه ١٩٥٢ — ٢ — ١٠٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٥) .

(١) ديجون ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ جازيت دى پاليه ١٩٢٨ — ١ — ٢٢٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨١ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٤٧١ ص ٢٢٦ .

من جهد يبذله الوكيل ، كما يرجع إلى العرف[1] . وقد نصت المادة ٧٩٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على أنه « إذا لم يكن الأجر مسمى ، فإنه يعين بناء على العادة المرعية فى المكان الذى انعقدت فيه الوكالة ، وإلا فبحسب الظروف »[2]. وقضت الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بأن يدخل فى تقدير أتعاب المحامى « أهمية الدعوى وثروة الموكل ، والجهد الذى بذله المحامى» . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى أتعاب المحامى .

ولكن الغالب ، إذا اتفق على أن تكون الوكالة مأجورة ، أن يتفق الطرفان أيضاً على مقدار الأجر . والأصل أن يسرى هذا الاتفاق ، فيتقاضى الوكيل من الموكل المقدار المتفق عليه دون نقص أوزيادة ، أياكانت النتيجة التى وصل إليها الوكيل فى تأدية مهمته[3] كما سبق القول . ولكن إذا حالت قوة قاهرة دون أن يؤدى الوكيل مهمته ، أوأصبحت تأدية الوكالة مستحيلة بغير خطأ الموكل ، أولم يتم الوكيل تأدية المهمة ، فإنه لا يستحق أجراً أو يخفض مقدار الأجر المتفق عليه بحسب الأحوال ، ويترك ذلك لتقدير القاضى[4] . وقد نصت المادة ٧٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على أنه « لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه : أولا — إذا منعته قوة قاهرة عن الشروع فى تنفيذ الوكالة . ثانيا — إذاكانت القضية التى وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها . ثالثا — إذا لم تتم القضية التى من أجلها أعطيت

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٣ ص ٢٦٢ — نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ — ١ — ٧٧ — ٨ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٢٢ — جيوار فقرة ١٦٣ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٧٤٩ — فقرة ٧٥٠ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ فى الهامش .

(٣) وحتى لواتفق على أن الأجر لا يستحق إلا إذا تمت الصفقة ، فإن الأجر يكون مستحقاً إذا تمت ، ولو لم تنفذ بعد تمامها أوفسخت أو أبطلت (نقض فرنسى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ — ١ — ١١٨ — باريس ٢ مايوسنة ١٨٧٤ سيريه ٧٦ — ٢ — ٤٢٤ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٧٤٢ .

(٤) ترولون فقرة ٦٤١ وما بعدها — پون ١ فقرة ١١٠٦ — لوران ٢٧ فقرة ٢٧ — جيوار فقرة ١٦٥ وفقرة ١٦٨ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٧٤٣ — باريس ٩ يونيه سنة ١٨٦٩ سيريه ٧١ — ٢ — ١٤٩ .

الوكالة ، ويراعى فى هذه الحالة الأخيرة العرف التجارى أو المحلى على أنه يحق للقاضى أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تعويضاً ، مراعاة لمقتضى الحال »[١] . كذلك يخفض مقدار الأجر المتفق عليه على سبيل التعويض ، إذا ارتكب الوكيل خطأ فى تنفيذ الوكالة يستوجب مسئوليته[٢] .

ومع مراعاة كل ما قدمناه يبقى أن مقدار الأجر المتفق عليه ، إذا كان فى الأصل واجب الاحترام لأن اتفاق الطرفين انعقد عليه ، قد ورد فى شأنه نص خاص يميزه عن الأجر المتفق عليه فى العقود الأخرى كالإيجار والمقاولة والوديعة . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « فإذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » . وخضوع مقدار أجر الوكيل المتفق عليه لتقدير القاضى بقية تخلفت ، كما قدمنا ، عن طابع الوكالة التبرعى الذى لازمها فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم . ولما وردت النصوص صريحة فى التقنين المدنى الفرنسى بجواز أن يأخذ الوكيل أجراً إذا اتفق مع الموكل على ذلك ، بقى القضاء الفرنسى متأثراً بأن الأصل فى الوكالة أن تكون تبرعية ، فعمد إلى تقرير قاعدة تقضى بجواز تخفيض أجر الوكيل إذا قدر القاضى أن هذا الأجر مبالغ فيه[٣] . ولم يستند القضاء الفرنسى فى ذلك

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ فى الهامش .

(٢) نقض فرنسى ٧ أغسطس سنة ١٨٣٧ سيريه ٣٧ - ١ - ٨٨٩ - ١٨ أبريل سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٥ - ١ - ٥٢٧ - ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٣ - ١ - ٢٤٩ - ٩ مايو سنة ١٨٦٧ سيريه ٦٧ - ١ - ٢٤٥ - ٢٤ يونيه سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٥ - ١ - ١٥٦ - جيوار فقرة ١٦٤ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٤٧ - بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٧ .

(٣) نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ - ١ - ٤٦٤ - ١٢ يناير سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣ - ١ - ٣٠٢ - ٩ مايو سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ - ١ - ٢٤٦ - ٢٩ يناير سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧ - ١ - ٥٣ - ٨ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣ - ١ - ٢٥٩ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ - ١ - ٧٨ - ١٣ مايو سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ - ١ - ٢١ - ٢٤ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ - ٥ - ٣٣٧ - ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ - ١ - ١٥٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ - ١ - ١٢٩ - ١١ مارس سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ - ١ - ٤٠٨ - ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦ - ١ - ٢٧١ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه =

إلى نص بل كان قضاء اجتهادياً(١) ، ومن ثم انقسم الفقه الفرنسى فى هذه المسألة(٢) . ونقل التقنين المدنى المصرى القديم هذه القاعدة كما قدمنا عن القضاء

= ١٩٣٠-١-٣٠-١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ - ١ - ١١١ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ - ١ - ٦١٣ - ٨ يوليه سنة ١٩٤٢ جازيت دى باليه ١٩٤٢- ٢ - ١٧٧) .

وأكثر ما يعمد القضاء الفرنسى إلى تخفيضه هو أجر الوكيل إذا كان سمساراً أو وكيلا بالعمولة أو من رجال الأعمال ، فإن هؤلاء كثيراً ما يستغلون جهل العميل أو حاجته الشديدة فيشترطون لأنفسهم أجوراً باهظة ، تكون غالباً فى صورة نسبة مئوية مما يحصلونه لحساب العميل (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٨ - دى باج ٥ فقرة ٤٣١) . ولكن القضاء الفرنسى لم يقف عند أجور هؤلاء ، بل شمل بقاعدته أجر الوكيل أيا كان (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٨ - ص ٩٢٩ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٠٣) .

(١) وقد استحدث به حالة جديدة من حالات الغبن بين بالغى سن الرشد : بيدان ١٢ ٩ فقرة ٣١٩- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٦٥ (وقد جاء فيه أن الفقهاء الرومانيين لم يقصدوا بإدخال الأطباء والمحامين فى دائرة الوكلاء تعظيم شأنهم عن أن يكونوا أجراء فحسب ، بل قصدوا أيضاً إخضاع دعواهم فى الأجر للرقابة) .

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى أن نص المادة ٢/٧٠٩ مدنى « يتضمن حالة خاصة يعتد فيها القانون بالغلط فى القيمة ، ولا يرتب على هذا الغلط إلا تعديل الأجر » (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص ٢٤٠ هامش ١) . وإذا كان الموكل فى كثير من الأحوال ، عندما يتفق مع الوكيل على أجر باهظ ، يسوقه إلى ذلك خطأ فى تقدير أهمية العمل محل الوكالة ، فإنه فى أحوال أخرى لا يكون مخطئاً فى تقدير أهمية العمل ولكن الظروف تضطره إلى قبول كل مايشترطه الوكيل ، وسنرى أن القضاء المصرى يستند فى تخفيض أجر الوكيل إلى كل من الاعتبارين (انظر ما يلى نفس الفقرة فى الهامش) .

(٢) ففريق من الفقهاء فى فرنسا يماشون القضاء الفرنسى ، لا على أساس من القانون ، بل على أساس من العدالة : ترولون فقرة ٦٣٢ - بون ١ فقرة ١١٠٩ - جيوار فقرة ١٦٤ وفقرة ١٦٦ - بيدان ١٢ فقرة ٣١٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٨ - جوسران ٢ فقرة ٤١٤ - وفريق آخر يعارض هذا القضاء ويذهب إلى عدم جواز تعديل مقدار أجر الوكيل المتفق عليه مادام لا يوجد فى القانون نص يجيز ذلك ، وشأن الوكالة فى ذلك شأن سائر العقود : ديمولومب فى مجلة التشريع ٢٦ سنة ١٨٤٦ ص ٤٤٥ - جلاسون فى تعليقه فى داللوز ٩٢ - ٢ - ٢٨١ - ليون كان فى تعليقه فى سيريه ٨٧ - ٢ - ٢٨٢ - بلانيول ٢ فقرة ٢٢٣٦ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤١٤ ص ١٧٨- ص ١٧٩ (وفى أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٦ هامش ٩ ورد أن القضاء الفرنسى قد استقر على جواز تعديل أجر الوكيل متابعاً فى ذلك تقاليد توطدت منذ مدة طويلة) - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٣٨ - وقرب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٨ .

الفرنسى بنص صريح . ثم نقلها التقنين المدنى المصرى الجديد كما رأينا فى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ . وبنيت القاعدة فى التقنين المصرى على أساس أن التصرف القانونى الذى يعهد به إلى الوكيل يكون عادة أدق فى تقدير الأجر عليه من العمل المادى الذى يعهد به إلى المقاول . فإذا اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز الوكيل مهمته ، فقد يظهر بعد إنجاز المهمة أنهما أخطآ فى تقدير هذا المقدار ، فأجاز القانون للقاضى أن يصحح هذا الخطأ ، وجعل مقدار الأجر خاضعاً لتقديره(١) . ويترتب على هذا الأساس الذى قدمناه أمور ثلاثة :

---

(١) وتضيف أحكام القضاء المصرى إلى عامل الخطأ فى تقدير الأجر عامل اضطرار الموكل إلى قبول ما يشترطه الوكيل ، فيداخل إرادة المتعاقدين مزيج من خطأ يقارب الغلط واضطرار يقارب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحق الممنوح للقاضى بالمادة ٥١٤ مدنى (قديم) بتعديل المقابل المتفق عليه بين الموكل والوكيل هو حق استثنائى ، ليرجع القاضى إليه فى تقدير الأتعاب عند ما تظهر له قرائن تدل على أن الموكل كان محاطاً بظروف تضطره لقبول كل ما يشترطه الوكيل للاتفاق على مقابل غير مناسب للعمل الذى يؤديه ، وعند عدم وجود هذه الظروف تتبع القاعدة بأن ما يتفق عليه الخصوم يكون ملزماً لهم (استئناف وطنى ٢٩ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٧ ص ٩٧) . وقضت أيضاً بأن محل تطبيق المادة ٥١٤ مدنى (قديم) هو أنه يظهر بعد حصول الاتفاق على الأتعاب أن العمل لم يكن بدرجة الأهمية التى كانت متوقعة له ، أما فيما عدا ذلك فلا محل لتنزيل الأتعاب عن القيمة المتفق عليها ولو رأى القاضى أن العمل الذى عمله الوكيل لا يساوى القيمة التى حصل الاتفاق عليها ، بل فى مثل هذه الحالة يعتبر الموكل متبوعاً بالزيادة (استئناف وطنى ١١ يناير سنة ١٩٢٥ الشرائع ٢ رقم ١٦٧ ص ١٥٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأن الموكل قد يكون أحياناً كثير الشغف بالأمر الذى يريد الوصول إليه بواسطة الوكيل ، أو يكون مضطرب البال خائفاً من عدم إمكانه الوصول إلى مبتغاه إلا بسعى شخص معين يثق بمقدرته ، أو فى أية حالة أخرى من مثل هذه الأحوال التى ربما تؤثر على أفكاره تأثيراً يحمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيراً عما يقتضيه الأمر . ولما كانت هذه المؤثرات غير كافية للحكم ببطلان العقد بحسب القواعد العمومية ، إذ هى ليست من قبيل الإكراه الأدبى ، وليس فيها شىء من قبيل الغش والتدليس ، فالشارع وضع الاستثناء المحكى عنه وقاية لحقوق الموكل فى مثل تلك الأحوال (مصر استئنافى ٢١ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٦٧) .

وانظر أيضاً : أسيوط استئنافى أول يوليه سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٧٧ ص ١٢٨ – الجيزة الجزئية ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٠٣ ص ١٢٩٩ – الدلنجات ١٧ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٥٥ ص ١٤٨٢ – عابدين ١٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٣٤ ص ١٠٣٤ – استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٦ – ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٧ – ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٣ – ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠١ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥ – ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٨ – ١١ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٣ .

(الأمر الأول) أنه يجوز للقاضي ، لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه المتعاقدان في تعيين مقدار الأجر ، أن يزيد في هذا المقدار إذا كان غير كاف لجزاء الوكيل على عمله ، كما له أن يخفضه إذا كان مبالغاً فيه ، إذ أن النص مطلق يشمل التخفيض والزيادة فهو يجعل الأجر « خاضعاً لتقدير القاضي » . ويتوقف ذلك على ما يتبين بعد تنفيذ الوكالة من أهمية العمل الذي قام به الوكيل ، وما لقي فيه من صعوبات ، وما أدى العمل إليه من نتائج . فإن ظهر أن مقدار الأجر يزيد كثيراً على قيمة العمل من هذه النواحي ، خفض القاضي هذا المقدار حتى يتكافأ الأجر مع العمل . وإن ظهر على العكس من ذلك أن العمل الذي قام به الوكيل تكشف عن أهمية غير متوقعة ، أو لقي فيه الوكيل صعوبات لم يكن يحسب لها حساباً[1] ، أو أدى إلى نتائج تفوق كثيراً ما كان ينتظر ، زاد القاضي في مقدار الأجر حتى يكون مجزياً للجهود التي بذلها الوكيل أو للنتائج التي وصل إليها[2] . وإن ظهر أن المتعاقدين لم يخطئا في تعيين مقدار

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٢٧ – ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٢ .

(٢) يؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد إذ تقول : « إذا كان هناك اتفاق صريح على الأجر ، فإن هذا الاتفاق يخضع لتقدير القاضي ، يخفض الأجر أو يزيده تبعاً لما يتبينه من الظروف ، إذ أن الطرفين قد يخطئان في تقدير قيمة العمل قبل تنفيذه ، فللقاضي أن يصحح هذا الخطأ . وهذا الحكم ، وإن كان مخالفاً للقواعد العامة في العقود ، هو من الأحكام التقليدية في الوكالة ، نقله التقنين المصري الحالي (القديم) عن القضاء الفرنسي ، ونقله المشروع عن التقنين الحالي (القديم) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٢) . وعلى هذا جرى القضاء في مصر ، فقضت محكمة النقض بأن المادة ٥١٤ من القانون المدني (م ٧٠٩ مدني جديد) قد أتت بنص مطلق من أي قيد ، شامل بحكم عمومه لطرفي الاتفاق كليهما ولكل تعديل في الأجر المتفق عليه ، سواء بالحط منه أو برفعه . فهي تحمي الموكل من الأجر الباهظ ، كما تحمي الوكيل من الأجر الواكس . وليس يحد من عموم هذه المادة ما جاء بالمادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ التي لا تجعل مجلس النقابة مختصاً بتقدير الأتعاب إلا في حالة عدم الاتفاق عليها ، فإن محل تطبيق المادة ٤٤ هذه أن تكون الأتعاب غير متفق عليها ، أما المادة ٥١٤ فمحلها الاتفاق على الأتعاب . ومتى كان مجال تطبيق كل من المادتين مختلفاً ، فلا يستقيم القول بأن أولاهما تخصص عموم الثانية (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٥ ص ٤٤١) – وانظر أيضاً : استئناف وطني ٢١ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ١١ ص ٣٨١ – استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٠ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦ – محمد علي عرفة ص ٣٩٧ – أكثم أمين الخولي فقرة ١٩١ ص ٢٣٨ – وقارن محمد كامل مرسي فقرة ١٧٦ ص ٢٣٦ .

الأجر ، فهو غير مبالغ فيه حتى يجوز تخفيضه ، وهو فى الوقت ذاته كاف فلا محل لزيادته ، كان على القاضى أن يحترم إرادة المتعاقدين فلا ينقص فى الأجر ولا يزيد . ويجرى القضاء الفرنسى ، كما رأينا ، على أن أجر الوكيل يجوز تخفيضه ، ولكن لا تجوز زيادته[١] .

(الأمر الثانى) أنه يمتنع على القاضى أن يعدل فى مقدار الأجر بالنقص أو بالزيادة إذا دفع الموكل المقدار المتفق عليه طوعاً بعد تنفيذ الوكالة . ذلك أن دفع الموكل مقدار الأجر طوعاً وقبض الوكيل لهذا الأجر ، بعد أن تبين من تنفيذ الوكالة قيمة ماأداه الوكيل من عمل ، يكون بمثابة إقرار منهما بأن هذا العمل يستحق هذا المقدار من الأجر[٢] . وحتى لو فرض أن مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل أو ينقص ، فإن الموكل بدفعه طوعاً كل مقدار الأجر بعد أن تبين قيمة العمل يكون متبرعاً بالزيادة فى الأجر ، وكذلك الوكيل يكون متبرعاً بما ينقص فيه ، وليس فى هذا التبرع من كلا الجانبين مايخالف النظام العام[٣] . وقد نصت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩

= وإذا خفض القاضى الأجر وكان الموكل قد عجله كاملا للوكيل ، جاز للأول أن يسترد الفرق من الثانى (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٨ – نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٢ . أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٦ – ص ٢٢٧ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٩ – محمد على عرفة ص ٣٩٧) . ولا يدفع عن الفرق الواجب رده فوائد إلا من وقت المطالبة القضائية بها طبقاً للقواعد العامة (جيوار فقرة ١٤٦ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٤٤ – محمد على عرفة ص ٣٩٧) .

(١) السين ٩ يناير سنة ١٨٩٤ La Loi ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٠٤ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ، وهى تشير إلى ما زاده المشروع أخذاً عن القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم : « وزاد فيه ماأدخله القضاء المصرى من التعديل فى هذه المسألة ، إذ قضى بأن الأجر إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، لا يجوز بعد ذلك للقاضى أن يعدل فيه بالنقص أو بالزيادة . ذلك لأن الطرفين قد تبينا بعد تنفيذ الوكالة أهمية العمل الذى قام به الوكيل ، فإذا دفع الموكل الأجر المتفق عليه طوعاً بعد ذلك وقبضه الوكيل ، فهذا دليل على أنهما لم يريا ما يقتضى تعديل الأجر ، فلا محل إذن لتحكيم القاضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٢) .

(٣) بل يمكن أن يحمل ذلك على أنه من عطايا المكافأة أو هبات المجازاة (dons rémunératoires) (انظر الوسيط ٥ فقرة ٥ ص ١٦) .

مدنى صراحة على هذا الحكم ، إذ قضت بعدم جواز تعديل مقدار الأجر « إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » . وعلى هذا جرى القضاء الفرنسى[1] ، وجرى القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم[2] . وجرى القضاء أن أيضاً على عدم جواز تعديل مقدار الأجر ولو لم يدفعه الموكل ، إذا كان قد اتفق عليه مع الوكيل بعد تنفيذ الوكالة ، أى بعد أن يتبين قيمة العمل الذى قام به الوكيل[3] . ولاشيء فى التقنين المدنى المصرى الجديد يمنع من الأخذ

---

(١) نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى پاليه ١٩٣٢ – ١ – ٧٨٠ – باريس ١٣ مايو سنة ١٨٩١ جازيت دى پاليه ٩١ – ٢ – ٢٧٠ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ – ٥٩٩ – السين ٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ Le Droit ١٧ مارس سنة ١٨٩٢ – وانظر فى الفقه الفرنسى بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٤١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ – جوسران ٢ فقرة ١٤١٤ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المادة ٥١٤ من القانون المدنى (القديم) لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذى عهد به إليه (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٦ – ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠١ – ١١ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٤٨ – ٢١ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١١١ – ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥ – ١٣ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١٥ – ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٨ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥ – ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٣٨ – ١١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٠ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٦ .

(٣) القضاء المصرى : قضت محكمة النقض بأنه ما دام الموكل – إذ قدر أجر وكيله بعد إتمام العمل – قد كان ملماً بما أجراه الوكيل ، وكان على بينة من الأمر عند إجراء هذا التقدير ، فالتحدى بالمادة ٥١٤ من القانون المدنى (القديم) لا يفيد ، إذ أن حكم هذه المادة لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تمضى قبل أداء الوكيل للعمل (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٧ ص ٧٤٥ – وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) – وانظر أيضاً : استئناف وطنى ٩ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٥ ص ٢٢ – ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٤ ص ٥١ – ١٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٠ ص ٢٢ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤٠ ص ٨٧٢ – مصر الوطنية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٥١ ص ٥٠٣ – استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٢ – ٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٠٦ – ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٠٠ – ١٦ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٨ . ومما يمنع إعادة النظر فى أجر الوكيل وتخفيضه أن يكون الوكيل قد قبل ألا يأخذ أجراً إذا خسر الدعوى ويتحمل فوق ذلك بالمصروفات (استئناف مختلط =

بهذا الحكم ، ويمكن أن تقاس هذه الحالة على حالة ما إذا دفع الموكل طوعاً المقدار المتفق عليه فى عقد الوكالة بعد تنفيذها ، لاتحاد العلة ، ففى الحالتين كان الموكل على بينة من قيمة العمل الذى أداه الوكيل عندما دفع المقدار المتفق عليه أو عندما اتفق مع الوكيل على هذا المقدار[١] .

(الأمر الثالث) أنه لا يجوز الاتفاق ، قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكيل ، على أن ينزل الموكل عن حقه فى المطالبة بتخفيض الأجر ، أو أن ينزل الوكيل عن حقه فى المطالبة بزيادة الأجر . ويجوز هذا النزول من كل من الجانبين بعد تنفيذ الوكالة ، إذ يكون كل منهما قد تبين وقتئذ قيمة العمل الذى تم إنجازه[٢] .

= ١٨ مارس سنة ١٩٢٠م ٣٢ ص ٢١٢) ، أو أن يكون قد اختير من الخارج لكفاية ممتازة ومركز خاص (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٤١) ، أو أن تكون القضية قد انتهت صلحاً وكان متفقاً أن تستحق الأتعاب كلها فى حالة الصلح (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣١) .

القضاء الفرنسى : روان ١٢ ديسمبر سنة ١٨٨١ سيريه ٨٢ – ٢ – ٢٢٧ – مونپلييه ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤–٢–٢٠٨ – باريس ١٠ أغسطس سنة ١٨٩٣ Jour trib. com. ١٨٩٤ ص ٤٢٩ – ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٧ – ٢ – ٢١٤ – ٥ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ – ١ – ٥٩٥ – السين ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ Le Droit ٩ مارس سنة ١٩٠٤ – وانظر فى الفقه الفرنسى بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٤١ – أوبرى ورووإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٩ – ويجوز مع ذلك إنقاص الأجر إذا كشف الموكل عن خطأ فى جانب الوكيل بعد إقرار الأجر (مونپلييه ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ – ٢ – ٢٠٨ – باريس ٢٠ يونيه سنة ١٩٣١ جازيت دى پاليه ١٩٣٢ – ٢ – ٤٧١) .

(١) انظر المادة ٤٤ من قانون المحاماة فيما يلى فقرة ٢٧٩ – ويصح أن يقاس أيضاً على هاتين الحالتين حالة ما إذا أقر الموكل ، بعد تنفيذ الوكالة ، بمديونيته للوكيل بمبلغ معين أجراً له ، مادام لا يوجد غش أو إكراه من جانب الوكيل ، أو ظروف تحيط بالموكل تضطره إلى هذا الإقرار ، فلا يجوز إذن تعديل الأجر الذى أقر الموكل أنه ثابت فى ذمته (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠ – عابدين ١٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٣٤ – استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٢ – ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٧ – ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ – ٧ فبراير سنة ١٩٢٢م ٣٤ ص ١٥٣ – ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٩٩ – محمد كامل مرسى فقرة ١٧٤ ص ٢٣٤ – وانظر عكس ذلك وأنه يجوز تعديل الأجر إذ قد يكون الموكل مدفوعاً إلى الإقرار لعدم قدرته على الوفاء : محمد على عرفة ص ٣٩٦ – أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص ٢٣٩) .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٧٥ .

ومقدار الأجر المستحق فى ذمة الموكل للوكيل لا ينتج فوائد من وقت استحقاقه ، كما تنتج المصروفات التى ينفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة فوائد من وقت الاتفاق على ما يقضى به صريح النص (م ٧١٠ مدنى) ، ولا من وقت الإعذار كما يقضى نص صريح بالنسبة إلى ما يتبقى فى ذمة الوكيل من حساب الوكالة (م ٢/٧٠٦ مدنى) . وإنما ينتج الأجر فوائد وفقاً لما تقضى به القواعد العامة لعدم ورود نص خاص فى هذه المسألة ، فلايستحق الوكيل فوائد على الأجر الذى حل إلا من وقت أن يطالب الموكل به وبالفوائد مطالبة قضائية ، وعند ذلك تستحق الفوائد بالسعر القانونى (م٢٢٦ مدنى)[1]

٢٧٨ — زمان دفع الأجر ومكانه : ولم يرد نص خاص فى زمان دفع الأجر ومكانه ، فتسرى القواعد العامة .

ومن ثم يكون زمان الدفع هو الوقت الذى يتفق عليه المتعاقدان[2] . فإن لم يوجد اتفاق ، فالعرف . وقد جرى العرف فى أتعاب المحامين أن يعجل جزء منها عند الاتفاق ، ويؤجل دفع الباقى إلى حين الانتهاء من الدعوى ، أو يشترط دفعه عند كسبها . فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف ، يكون الدفع عند انتهاء الوكالة وتصديق الموكل على الحساب [3] . ويتقادم الأجر بخمس عشرة سنة من يوم استحقاقه[4] .

ويكون مكان الدفع فى الجهة التى يتفق عليها المتعاقدان . فإن لم يوجد اتفاق ، فالعرف . فإن لم يوجد اتفاق ولاعرف ، كان الدفع فى موطن المدين أى الموكل ، أو فى الجهة التى فيها مقر أعماله إذا كانت الوكالة متعلقة بهذه الأعمال .

---

(١) جيوار فقرة ١٧٢ — بون ١ فقرة ١١١١ — لوران ٢٧ فقرة ٢٢ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ هامش ٢ — نقض فرنسى ٢١ نوفبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ١ — ٢٦٩ .

(٢) وإذا طالت مدة الوكالة ، فإنه يغلب أن يشترط الوكيل أن يدفع له الأجر على أقساط دورية (جيوار فقرة ١٧١ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٤ ص ٤٠٠) .

(٣) جيوار فقرة ١٧١ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٤ ص ٤٠٠ .

(٤) جيوار فقرة ١٧٢ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٥٥ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٤ — وقد يكون الأخير مستحقاً على أقساط دورية ، كما هو الأمر فى أجر وكلاء الدوائر ، فيسقط فى هذه الحالة بمضى خمس سنوات (محمد على عرفة ص ٣٩٩) .

§ ٢ – أتعاب المحامى

٢٧٩ — الأصل فى المحامى أن يكون بأجر : قدمنا أنه يكون هناك اتفاق ضمنى على أن يكون الوكيل بأجر إذا كانت الوكالة تدخل فى أعمال مهنته التى يكسب منها عيشه[1] . وهذا هو شأن المحامى ، فهو يكسب عيشه عادة من مهنته . ومن ثم يكون المفروض عند توكيله أن تكون الوكالة بأجر ولولم يكن هناك اتفاق صريح على ذلك .

على أنه يجوز أن تكون وكالة المحامى بغير أجر ، إذا قبل ذلك ، أو قامت ظروف يستخلص منها قبوله ضمناً التبرع بعمله . ومثل هذه الظروف أن تربط المحامى بموكله رابطة قرابة أوصداقة تعود معها ألاّ يأخذ أجراً على عمله من هذا القريب أو الصديق ، أو أن تكون له مصلحة شخصية فى القيام بالوكالة ولو دون أجر كما لو رفع دعوى فى شأن مال شائع وهو أحد الملاك على الشيوع فقد تدل الظروف فى هذه الحالة على أنه قبل التوكيل عن شركائه فى الشيوع دون أجر[2] .

وهناك حالة خاصة أوجب قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على المحامى أن يتولى الدفاع فيها عن موكله دون أجر . فقد نصت المادة ٣٧ من هذا القانون على أن « يقوم المحامى المنتدب عن الفقير أمام المحاكم المدنية أوالجنائية بالدفاع عنه مجاناً ، ومع ذلك يجوز له أن يقدر أتعابه ضد الخصم المحكوم عليه بالمصروفات ، وله على كل حال الرجوع على من ندب عنه ومطالبته بالأتعاب إذا زالت حالة فقره مع مراعاة ما جاء بالمادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية . ويجب أن يقوم بما تكلفه به لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة ، ولايسوغ له أن يتنحى عنه إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى . ويعفى من الندب فى القضايا الجنائية والمدنية المحامون المقررون أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا أو الذين مضى على قيد أسمائهم فى جدول المحامين عشرون سنة ، غير أن هذا الإعفاء لايسرى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٦ فى الهامش .

على القضايا المدنية أمام محكمة النقض » . ويتبين من هذا النص أن المحامى المنتدب عن الفقير من لجنة المساعدة القضائية يعمل مجاناً[1] ، ومع ذلك يجوز أن يرجع بأتعابه فى أحوال ثلاث : (١) إذا كسب الدعوى ، فله أن يرجع على الخصم بأتعاب المحاماة المقدرة فى الحكم ضمن المصروفات ، وله أن يطلب تقدير هذه الأتعاب إذا لم تكن مقدرة فى الحكم ، ويكون ذلك بأمر على عريضة من المحكمة التى أصدرت الحكم . (٢) إذا زالت حالة فقر موكله ، فله أن يرجع عليه بالأتعاب وفقاً للإجراءات التى سنبسطها عند الكلام فى حالة عدم اتفاق المحامى مع موكله على الأتعاب ، وذلك سواء كسب الدعوى أو خسرها . (٣) إذا كان منتدباً للدفاع عن متهم بجناية ، فله أن يطلب من المحكمة التى تنظر الدعوى الجنائية أن تقدر له فى حكمها أتعاباً على الخزانة العامة إذا كان المتهم فقيراً ، وقد نصت المادة ٣٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية فى هذا الصدد على أن « للمحامى المعين من قبل غرفة الاتهام أو رئيس المحكمة ، أن يطلب تقدير أتعاب له على الخزانة العامة ، إذا كان المتهم فقيراً ، وتقدر المحكمة هذه الأتعاب فى حكمها فى الدعوى . ولا يجوز الطعن فى هذا التقدير بأى وجه».

وفى غير ما تقدم يكون المحامى وكيلا بأجر . ويغلب أن يتفق مع موكله على مقدار هذا الأجر ، ومع ذلك قد يغفل هذا الاتفاق . فنستعرض كلا من هذين الفرضين[2] .

٢٨٠ — الاتفاق على مقدار الأتعاب : تنص المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « للمحامى أن يشترط فى أى وقت أتعاباً مقابل عمله ، وذلك بغير إخلال بما تقضى به المادة ٧٠٩ من القانون المدنى إلا إذا كان الاتفاق قد تم بعد الانتهاء من العمل . وليس له على كل حال أن يبتاع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير

---

(١) ويكون للمحامى المنتدب كل سلطة المحامى الموكل فى الحدود التى يقتضيها انتدابه ، فله أن ينيب عنه فى الحضور أو فى المرافعة أمام المحكمة محامياً آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص ، ما لم يكن توكيله مانعاً من ذلك (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٧ ص ١٢) .

(٢) أما المحامى الذى يترافع شخصياً فى دعواه التى يرفعها على الغير ، فلا يستحق أتعاباً المحاماة فى هذه الدعوى ، حتى لو حضر محام آخر بالنيابة عنه وكان عمله شكلياً فقط (مصر الوطنية ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ — محمد كامل مرسى فقرة ١٨٠) .

أتعابه ، أوعلى مقابل ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها . ولايجوز له فى أية حال أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة فى الدعوى أو فى العمل الموكل فيه . ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله المحامى » . وتنص المادة ٤٥ من نفس القانون على أن « يحظر الاتفاق على اشتراك موظفى مكتب المحامى فى حصة من أتعابه » .

ويتبين من هــذه النصوص أن للمحامى أن يتفق مع موكله على مقدار الأتعاب ، وما يتفق عليه معه فى ذلك كتابة يلزم الموكل . أما إذا كان الاتفاق غير مكتوب ، فسنرى أن المادة ٤٦ من قانون المحاماة تقضى بأنه عند عدم الاتفاق على الأتعاب كتابة يقدر مجلس النقابة هذه الأتعاب . فتكون الكتابة ركناً شكلياً فى الاتفاق على مقدار الأتعاب ، ويكون الاتفاق الشفوى على هذا المقدار باطلا ، ويحل محله تقدير مجلس النقابة . ويقيد النص الاتفاق المكتوب على الأتعاب ، فيبطل كل مامن شأنه أن يجعل للمحامى شركة أو مصلحة فى الحق المتنازع فيه الذى هو محل التوكيل . فلا يجوز له أولا أن يشترى الحق كله أو بعضه ، بل إن المادة ٤٧٢ مدنى تحرم عليه كل ضروب التعامل فى هذا الحق ، فلا يجوز له أن يقايض عليه ولا أن يقبله هبة ولا أن يشارك فيه ولا أن يقترضه[1] . ولايجوز له ثانياً أن يتفق على أخذ جزء من الحق فى نظير أتعابه ، ولو بطريق غير مباشر كأن يتفق على مقابل هو سدس أوخمس أو أية نسبة أخرى من قدر أوقيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها[2]. ولايجوز له أخيراً أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة فى العمل الموكل فيه ، كأن يحدد أتعابه بنسبة المبالغ التى تقام عنها قضايا فى أثناء زمن معين[3]. وكل هذه الاتفاقات تعتبر مشاركة فى الحق المتنازع فيه

---

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١١٣ .

(٢) استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٨ ص ٢٣٠ — استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٥ — وإذا أبطل الشرط الذى يعطى المحامى نسبة معينة ، فإن تصفية الأتعاب خارجاً عن ذلك مستحق فوراً على الموكل (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص١٦١) .

(٣) استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١١٨ ص ٢٣٠ وهو الحكم السابق الإشارة إليه — ومن باب أولى لا يجوز للمحامى أن يشترى الشىء الذى يدعى موكله =

(pacte de quota litis)، وتكون باطلة ، ويحل محلها تقدير مجلس النقابة للأتعاب . ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون الأتعاب فى حالة كسب الدعوى أكثر منها فى حالة الخسارة(١) ، ولا على تعجيل جزء من الأتعاب على ألا يستحق الجزء الباقى إلا عند كسب الدعوى ، ولا على جعل استحقاق الأتعاب كلها مرهوناً بكسب الدعوى(٢) ، ولا على أن تزيد الأتعاب على المقدار المتفق عليه أو تقل عن هذا المقدار بحسب ما يحكم به زيادة أو نقصاً عن مبلغ معين(٣). ويجوز الاتفاق على أن تكون الأتعاب مبالغ دورية تدفع كل شهر أو كل سنة مثلا ، وفى هذه الحالة لا يطالب المحامى بأية زيادة إلا إذا قام بأعمال لم يكن فى الوسع توقعها عند الاتفاق(٤) .

فإذا تم الاتفاق على مقدار الأتعاب فى الحدود التى بسطناها فيما تقدم ،

= فيه حقوقاً ، حتى لا يصبح خصماً لموكله (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥). كذلك لا يصح أن يكفل المحامى المدين فى حق وكله الدائن فى قبضه ، حتى لا تتعارض مصلحته ككفيل للمدين مع مصلحة الدائن موكله (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٥) .

(١) فيجوز جعل حد أعلى وحد أدنى للأتعاب ، ويتفاوت المقدار الواجب دفعه بين الحدين بحسب نتيجة الدعوى (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢١١) .

(٢) بل ويجوز الاتفاق أيضاً على أن يتحمل المحامى بمصروفات الدعوى فى حالة الخسارة (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٢) .

(٣) وفى إحدى القضايا اتفق على أن تكون الأتعاب ١٠٠٠٠ جنيه إذا قضى بنفقة سنوية مقدارها ٢٢٠٠ جنيه ، فإذا قضى بنفقة أكثر أو أقل زاد مقدار الأتعاب أو نقص . فقرر مجلس تأديب المحامين أنه وإن كانت الأتعاب المتفق على دفعها تزيد وتنقص عن المقدار الذى اتخذ أساسا لتقدير الأتعاب ، إلا أنه لا يمكن أن يعتبر مثل هذا الاتفاق نوعاً من المشاركة فى نتيجة الدعوى ، إذ أن مثل هذا الشرط نتيجته أن تكون الأتعاب فى الحالين بقدر معين ، وهو فى صالح المتعاقدين على السواء ، ومطابق كل المطابقة للقواعد المتبعة فى تقدير الأتعاب من حيث مراعاة ما يقضى به . وسواء وجد هذا الشرط أو لم يوجد ، فمن المحتم عند وجود الخلاف ورفعه للقضاء أن يراعى القاضى فى التقدير ما يحكم به (مجلس تأديب المحامين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ١٧٩ ص ٢٨٩) .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٦ — وانظر استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨١ — ٢٦ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٨ — وقارن استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٨٦ (ويقضى الحكم بأن المحامى لا يتقاضى زيادة على الأجر الدورى إلا إذا اشترط ذلك) — ويبقى العقد مع المحامى الذى يتقاضى أتعاباً دورية عقد وكالة لا عقد عمل ، ومن ثم يجوز للموكل أن يعزل المحامى حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، وتقدر المحكمة أتعاب المحامى عن العمل الذى قام به إلى وقت العزل (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٧) .

التزم الموكل بدفع هذا المقدار ، دون نظر إلى نتيجة الدعوى ، ما لم يربط الاتفاق مقدار الأتعاب بهذه النتيجة على النحو الذى قدمناه . ومع ذلك يكون هذا المقدار خاضعاً لتقدير القاضى شأن أجر كل وكيل (م ٧٠٩ مدنى) ، وقد نصت المادة ٤٤ من قانون المحاماة على ذلك صراحة كما رأينا إذ تقول : « وذلك بغير إخلال بما تقضى به المادة ٧٠٩ من القانون المدنى إلا إذا كان الاتفاق قد تم بعد الانتهاء من العمل » . فيجوز للقاضى أن يخفض مقدار الأتعاب إذا وجد هذا المقدار مبالغاً فيه[1] ، وينظر فى ذلك إلى أهمية الدعوى وثروة الموكل والجهد الذى بذله المحامى[2] كما تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة فيما رأينا . ويصح النظر أيضاً إلى مكانة المحامى وشهرته العامة ، وإلى نتيجة الدعوى[3] ، وإلى غير ذلك من العوامل التى يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديداً عادلا[4] . وكما يجوز تخفيض الأتعاب تجوز كذلك زيادتها[5] ، إذا رأى القاضى أن المقدار

---

(١) وفى قضية رفعتها امرأة معسرة لإثبات نسب ولدها القاصر ، اتفقت المدعية مع المحامى عنها على أتعاب مقدارها ألف وخمسمائة جنيه بشرط أن ينفق المحامى على الدعوى من ماله الخاص ، وكسب المحامى الدعوى وورث القاصر ثروة كبيرة ، ومع ذلك قررت المحكمة أن الموكلة امرأة ووصية على قاصر وكانت وقت الاتفاق على الأتعاب فقيرة لا تستطيع الإنفاق على الدعوى ، مما يجعل الاتفاق على الأتعاب يداخله إكراه أدبى ، ومن ثم خفضت المحكمة الأتعاب من ألف وخمسمائة جنيه إلى ثلثمائة جنيه (استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤٠ ص ٤٢٤) . انظر أيضاً الموسكى أول فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١١٥ ص ١٩١ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق على الأتعاب لا يكون محلا للتخفيض إلا إذا كانت الأعمال التى قام بها المحامى لا تتناسب مع المقدار المتفق عليه (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٦ (ولو كانت المذكرات التى قدمها المحامى موجزة) .

(٣) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٠٤ — ولكن خسارة الدعوى لا يترتب عليها أثر فى الأتعاب المتفق عليها (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٤) مصر الوطنية ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ — استئناف مختلط ٢٥ أغسطس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٢ — ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٦ — والمحامى أمام محكمة عليا يستحق أتعاباً أكثر من أتعاب المحامى أمام محكمة أقل درجة (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٨) .

(٥) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٠ — ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ .

المتفق عليه غير كافٍ ليجزى المحامى على ما بذل من جهد وما حصل عليه من نتيجة . ويلتزم القاضى عادة جانب الحيطة فى زيادة الأتعاب ، فلا يزيدها إلا إذا ثبت أن الدعوى اقتضت من المحامى لظروف استثنائية بذل جهود لم يكن يتوقعها ، كأن تشعبت الدعوى واتسع نطاقها وأبديت فيها دفوع لم تكن منتظرة ، ولم يكن المحامى ليقبل المقدار المتفق عليه لو أنه كان يعلم ذلك(١) .
ويلاحظ القاضى أن المحامى أقدر من الموكل على تقدير الجهد الواجب بذله فى الدعوى لما عنده من تجارب وخبرة فنية ، فاحتمال أن يخطئ الموكل فى تقدير هذا الجهد مستعلياً أقرب من احتمال أن يخطئ المحامى فى تقديره مستدنيا ، ومن ثم تكون الأحوال التى تخفض فيها الأتعاب أكثر وقوعاً من تلك التى ترفع فيها . وتطبيقاً لنص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدنى الذى يقضى بعدم جواز تعديل مقدار الأتعاب « إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة » ، ولنص العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون المحاماة الذى يقضى بعدم جواز التعديل كذلك إذا كان الاتفاق على الأتعاب « قد تم بعد الانتهاء من العمل » ، لا يجوز للقاضى أن ينقص من مقدار الأتعاب المتفق عليها أو أن يزيد فيها إذا دفع الموكل للمحامى طوعاً بعد الانتهاء من العمل المقدار المتفق عليه وقت التوكيل ، أو صدر إقرار به ، أو إذا كان الاتفاق على مقدار الأتعاب لم يحصل إلا بعد انتهاء المحامى من عمله ، وذلك لنفس الاعتبارات التى سبق بيانها(٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن يعمل فى قيمة أتعاب المحاماة بموجب الشروط المحررة بين الموكل والمحامى عنه ، ومع ذلك يكون للمحكمة حق النظر فيها وتعديلها تكثيراً أو تقليلا (استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ١١ ص ٣٨١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أتعاب المحامى حتى المتفق عليها مقدماً ، وحتى المتفق عليها فى صورة سند تحت الإذن قبل القيام بالوكالة ، تكون كأجر كل وكيل خاضعة لتقدير القاضى (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية المختلطة ١٠ ص ٢٨ — ٢٩ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٠) ، وأن للقاضى أن يرفع الأتعاب أو يخفضها (استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧٠). وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٧٢ (لا تجوز زيادة الأتعاب إلا إذا اقتضت الدعوى جهوداً لم تكن متوقعة : انظر فى هذا المعنى أيضاً استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان إقرار الموكل بمديونيته للمحامى بمبلغ معين مقابل أتعاب فى الدعوى التى وكل فيها قد صدر بعد انتهاء العمل الذى قام به =

وقد قضت المادة ٤٥ من قانون المحاماة على عادة سيئة لاتتفق مع كرامة المحامى ، فنصت كما رأينا على أن « يحظر الاتفاق على اشتراك موظفى مكتب المحامى فى حصة من أتعابه » ، ومن باب أولى يحظر على المحامى أن يتصيد القضايا عن طريق سماسرة يشاركونه بحصة من الأتعاب أو فى نظير أى مقابل آخر (١).

هذا ووجود اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب لا يغنى عن وجود اتباع الإجراءات المقررة فى قانون المرافعات ، عندما يريد المحامى التنفيذ بأتعابه . فلا يجوز له التنفيذ عن طريق أمر على عريضة ، ولا عن طريق وضع الصيغة التنفيذية على الاتفاق المكتوب ، فإن كلتا الطريقتين لاتصلح إلا فى حالة عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب . وكانت الطريقة الأولى متبعة قبل صدور قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ على ما سنرى ، والطريقة الثانية هى التى نص عليها قانون المحاماة منذ سنة ١٩٣٩ عند عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب

= المحامى فى الدعوى المذكورة وبعد الحكم فيها لمصلحة الموكل ، وكان المحامى قد حرر فى تاريخ الإقرار ورقة للموكل تعهد فيها بالمرافعة عنه فى قضية أخرى بلا أجر تقديراً منه لثقته فيه ولوفائه له بتحرير الإقرار ، فمن الخطأ فى التكييف أن تعتبر المحكمة الإقرار والتعهد اتفاقاً واحداً يكمل أحدهما الآخر ، فإنهما فى الحقيقة مختلفان ولا علاقة بينهما قانوناً ، إذ أولهما إقرار بدين غير متنازع فيه واجب الأداء فى الحال ، وثانيهما تبرع بالمرافعة بلا أجر ، وبناء على ذلك لا يجوز فى هذه الصورة التحدى بحكم المادة ٥١٤ مدنى (قديم) (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٩ ص ٦٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن سلطة القاضى فى النظر فى مقابل أتعاب المحاماة وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه محلها أن يكون الاتفاق على الأتعاب قد حرر فعلا وقبل البدء فى رفع الدعوى وبقيود خاصة تبيح للقاضى استعمال هذه السلطة ، أما والأتعاب قد قدرت من بعد انتهاء العمل فلا سبيل للقاضى إلى النظر فيها بوجه من الوجوه (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤٠ ص ٨٧٢).

وانظر استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ – ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥٨ – مجلس تأديب المحامين ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ١٧٩ ص ٢٨٩ .

(١) وقضى قبل ذلك بأنه إذا ناب شخص عن محام فى قبول القضايا والاتفاق فيها مع أربابها وتسلم النقود مقابل الثلث فى جميع الإيراد ، كان ذلك عقد وكالة لا عقد شركة ، ومن ثم يكون الاختلاس الواقع من هذا الشخص معاقباً عليه بعقوبة التبديد (جرجا ١٩ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠٥) .

وإذا استعان المحامى بمحامين آخرين فى عمله ، فليس للموكل علاقة بهؤلاء المحامين الآخرين ، ولا تجب عليه لهم أتعاب ، وتقتصر علاقتهم على المحامى الأصلى (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٦) .

وتقديرها بواسطة مجلس النقابة . أما إذا وجد اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب ، فإن كان الاتفاق فى ورقة رسمية أمكن التنفيذ بها وفقاً للقواعد المقررة فى التنفيذ بالأوراق الرسمية ، وإن كانت الورقة عرفية وجب على المحامى رفع الدعوى أمام القضاء والحصول على حكم قابل للتنفيذ . وبعد الحصول على هذا الحكم ، يجوز للمحامى أن يأخذ به حق اختصاص بعقارات موكله وفقاً لأحكام المادة ١٠٨٥ مدنى وما بعدها ، كما أن للأتعاب المحكوم بها حق امتياز على ما آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل وفقاً لأحكام المادة ٥ من قانون المحاماة ، وسيأتى تفصيل ذلك[١] .

٢٨١ – عدم الاتفاق على مقدار الأتعاب – قيام مجلس النقابة بالتقدير : قبل صدور قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ ، جرت المحاكم على أن يكون تقدير أتعاب المحامى ، عند عدم الاتفاق على مقدارها ، بأمر على عريضة تقدم للمحكمة التى أصدرت الحكم ، باعتبار أن الأتعاب تدخل ضمن مصروفات الدعوى وهذه تقدر على هذا النحو وفقاً لأحكام المادتين ١١٦/ ١٢٧ و١٢١/ ١٣٠ من تقنين المرافعات القديم . وساعد على ذلك أن كان هناك نص صريح فى هذا المعنى بالنسبة إلى المحاكم المختلطة ، فقد كانت المادة ١٩٧ من الأمر العالى الصادر فى ٩ يونيه سنة ١٨٨٧ بالتصديق على اللائحة العامة للمحاكم المختلطة ، وقد أصبحت المادة ١٦٠ من اللائحة العامة القضائية للمحاكم المختلطة المصدق عليها بالمرسوم الصادر فى ٩ يوليه سنة ١٩٣٩ ، تنص على أنه « فى حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على قيمة الأتعاب أو عدم تراضيهما على هذه القيمة ، تقدر الأتعاب بمعرفة القاضى الذى تمت المرافعة فى الدعوى أمامه ، على أن يراعى فى هذا التقدير أهمية النزاع وقيمة العمل فى حد ذاته والعناية الخاصة التى استلزمها والزمن الذى استغرقه والمركز المالى للخصوم »[٢] . ولكن محكمة النقض لم تقر بالنسبة إلى القضاء

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٨٢ .

(٢) أما إذا وجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، فتكون المطالبة بطريق رفع الدعوى العادية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمحامى أن يطلب من المحكمة تقدير أتعابه إلا فى حالة عدم وجود اتفاق خاص بالأتعاب ، فإذا وجد وجب عليه أن يرفع دعوى عادية (استئناف =

ما جرت عليه المحاكم فى هذا الشأن(١)، وقضت بأن تقدير الأتعاب إذا اختلف

= مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢١١) . وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٢ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٦ – ٣ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦١ – ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦١ – ٤ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٥١ – ١١ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٥ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٦ .

وإذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، فالنص صريح ، بالنسبة إلى القضاء المختلط كما رأينا ، فى جواز أن يكون تقدير الأتعاب عن طريق الأمر على العريضة : استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٦ – ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥١ – ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٢ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ – ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ – ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٥ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٦ – على أنه لايوجد مايمنع ، حتى إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، من الالتجاء إلى الدعوى العادية للتقدير : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٣ – ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٢ – ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢٨ . وانظر أيضاً فى هذا المعنى مصر الوطنية استئنافى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٨٧ – وإذا قدر المحامى أتعابه فى مذكرة أرسلها للموكل فقبلها ، لم يجز للمحامى أن يعود إلى طلب تقدير أتعابه (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٣٢) .

أما تقدير أتعاب المحامى فى غير الدعوى القضائية فيكون بطريق الدعوى العادية : استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٣ – ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٣ – ٢٥ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٠ .

(١) فقد كان القضاء الوطنى ، إذا لم يوجد اتفاق على مقدار الأتعاب ، يجرى ، دون أن يستند إلى نص فى ذلك ، على أن يكون تقدير الأتعاب عن طريق الأمر على العريضة . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن جواز طلب تقدير أتعاب المحامى على موكله بطريق العريضة لم يأت به نص صريح فى القانون ، وإنما جرى به العمل قضاء توسعاً فى تطبيق المادتين ١٢٧ و ١١٦ مرافعات ، وذلك على ما يظهر باعتبار أن أتعاب المحاماة فى هذه الحالة قد يمكن تشبيهها بشىء من مصروفات الدعوى الأصلية ، وأيضاً بفكرة أن هذا الطريق يكون أخصر فى الإجراءات وأوفر فى الكلفة وأدعى إلى إدراك محجة الصواب ، لأن الهيئة التى تولت الفصل فى الدعوى هى أدرى وأعلم بحقيقة حالة تلك الدعوى وبظروفها الخاصة وما استلزمته من جهود واقتضته من وقت وأبحاث ، وهى ظروف قد تخفى كثيراً على من لم يكن ملماً من الأصل بالدعوى تمام الإلمام . ومهما يكن من أمر هذا التوسع من الوجهة القانونية ، فالقضاء فى تطبيقه قد قصره صراحة على الحالة التى لايوجد فيها بين المحامى وموكله اتفاق سابق محدد لمقدار الأتعاب ، لأن الالتجاء فى هذه الحالة إلى هيئة المحكمة قد يكون معقولا نظراً إلى خبرتها بالدعوى أكثر من غيرها . وأما إن وجد الاتفاق على الأتعاب ، فتنعدم الظروف الملجئة لاتخاذ هذا الطريق الاستثنائى الذى قد يكون فيه حرمان الموكل =

المحامى مع موكله فى تعيين مقدارها خصومة جديدة موضوعية ، لا يبت فيها بطريق أمر على عريضة ، بل برفع دعوى أمام المحكمة المختصة(١) .

ثم صدر قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ ، وألغى بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ ، وألغى هذا بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وهو القانون المعمول به الآن . وفى هذه القوانين الثلاثة جعل أمر تقدير الأتعاب ، إذا لم يكن متفقاً على مقدارها ، إلى مجلس النقابة وفقاً لإجراءات مرسومة وتحت رقابة القضاء . فأصبح من المتعين اتباع هذه الإجراءات دون غيرها فى تقدير أتعاب المحامى(٢) ، إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على مقدارها . وتنص المادة ٤٦ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ فى هذا الصدد على ما يأتى : « يقدر مجلس النقابة أتعاب المحامى بناء على طلبه أوطلب الموكل ، وذلك عند عدم الاتفاق عليها كتابة . وللمجلس أن يشكل لجنة أو أكثر من أعضائه تتألف كل منها من خمسة أعضاء ، للفصل فى طلبات التقدير ، ويكون اجتماعها صحيحاً بحضور ثلاثة من أعضائها ، ويعتبر القرار الصادر فى هذا الشأن صادراً من المجلس . ويجب أن تخطر النقابة المطلوب التقدير ضده بصورة من طلب التقدير وبالجلسة التى تحدد لنظره بكتاب موصى عليه ، ليحضر أمام المجلس أو ليقدم ملاحظاته كتابة فى المدة التى تحددها اللجنة ، كما يجب إخطار طالب التقدير بالجلسة المحددة لنظر الطلب . وعلى المحامى أن يعلن موكله بصورة من أمر التقدير الصادر من مجلس النقابة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من رئيس المحكمة الابتدائية أوالجزئية التابع لها محل إقامة المحامى حسب الأحوال . ولاتكون أوامر التقدير نافذة إلا بعد انتهاء ميعاد الطعن وتقديم شهادة مثبتة

= من مزايا الدرجتين ، ولا يبقى فى هذه الحالة إلا الرجوع إلى طرق التقاضى الاعتيادية (استئناف مصر ١٩ سبتمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٨ رقم ١٣ ص ٣٥) . وانظر أيضاً مصر الشرعية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة الشرعية ٢ رقم ٦٨ ص ٥٨٨ – الجيزة الشرعية ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة الشرعية ٤ رقم ٢١٢ ص ٦٥٤ – وقارن الإسكندرية الشرعية ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ٦ رقم ٢٩ ص ١٢٧ .

(١) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٤ ص ٤٢٣ .

(٢) الأزبكية ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٥٨ ص ١١١٨ – وانظر عكس ذلك وأنه يجوز إلى جانب الالتجاء إلى مجلس النقابة ، الالتجاء إلى القضاء العادى : المحلة الكبرى ١٣ أبريل سنة ١٩٤٠ سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٧٨ ص ٣٩٣ .

لذلك . وإذا كان المبلغ المطلوب تقديره لا يجاوز مائة جنيه ، كان حق الفصل فيه للجان الفرعية فى حدود الأحكام السابقة ، على أن تبلغ قراراتها إلى مجلس النقابة فى مدى أسبوعين من تاريخ صدورها . وفى جميع الأحوال تتبع قواعد الإثبات المقررة قانوناً عند نظر الطلب » . ويلاحظ أن مجلس النقابة ، عند تقديره الأتعاب ، ينظر إلى « أهمية الدعوى ، وثروة الموكل ، والجهد الذى بذله المحامى » كما جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ من قانون المحاماة فيما رأينا ، كما ينظر إلى العوامل الأخرى التى يكون من شأنها أن تعين على تحديد مقدار الأتعاب تحديداً عادلا ، ومن ذلك القيمة الفنية للعمل وما استغرقه من وقت[1] ومكانة المحامى وشهرته العامة ونتيجة الدعوى كما سبق القول .

ومجلس النقابة فى تقديره للأتعاب يمارس ولاية قضائية[2] ، فإن قبل الطرفان قضاءه ، صراحة أو ضمناً بعدم التظلم منه ، كان أمر التقدير واجب التنفيذ بعد أن يضع عليه رئيس المحكمة الصيغة التنفيذية على النحو السالف

---

(١) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٦ – ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ – ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٣٦ ص ٢١٥ – ١٥ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن خلو القانون من النص على اعتبار مجلس النقابة – عند تقدير أتعاب المحامى – من الهيئات القضائية أو الإدارية ذات الاختصاص القضائى ومن أن نقيب المحامين يمثل النقابة أمام تلك الهيئات ، لا يمنع من أن يكون المشرع قد أضفى على مجلس النقابة ولاية القضاء فى هذا الخصوص . وتقدير مجلس النقابة للأتعاب يعد فصلا فى خصومه ، إذ أن الالتجاء إلى المجلس جائز لأى من المحامى والموكل عند الخلاف على قيمة الأتعاب مع إخطار المطلوب التقدير ضده بصورة طلب التقدير والجلسة المحددة لنظره بخطاب موصى عليه . ومفاد ذلك أن تقديم الطلب إلى مجلس النقابة من المحامى أو الموكل تنعقد به الخصومة القضائية بينهما ، مما يضفى على مجلس النقابة ولاية الفصل فى النزاع . ومتى كان تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس النقابة من المحامى أو الموكل إعلاناً بخصومة ، فإنه يترتب عليه آثار المطالبة القضائية ، ومنها قطع التقادم فى مفهوم المادة ٣٨٣ من القانون المدنى (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨١ ص ٥٣٢) .

انظر عكس ذلك وأن مجلس النقابة لا يعتبر درجة من درجات التقاضى بل هو جهة فنية يستأنس برأيها قبل عرض الأمر على القضاء ، فإن قبل الخصوم هذا الرأى كان هذا بمثابة اتفاق بينهما وإلا فلأى من الخصوم التظلم إلى القضاء : استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١٩٥ ص٢٦٧ – محمد على عرفة ص٤٤٠ – وقرب استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٣ (لا يجوز توقيع حجز تحفظى بموجب أمر التقدير) .

الذكر . أما إذا رفضاه أورفضه أحدهما ، فلمن رفض أن يتظلم من أمر التقدير على النحو الذى فصلته المادة ٤٧ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة١٩٥٧ ، وتنص على ما يأتى : « للمحامى وللموكل حق التظلم فى أمر التقدير فى خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإعلانه بالأمر ، وذلك بتكليف خصمه بالحضور أمام المحكمة المقيم بدائرتها المحامى كلية كانت أوجزئية حسب قيمة الطلب . وينظر التظلم فى أمر التقدير على وجه الاستعجال وبغرفة المشورة ، ويكون الحكم الصادر فى التظلم غير قابل للطعن فيه بطريق المعارضة . ويجوز أن يشمل الحكم الصادر فى التظلم بالنفاذ الموقت. ويجوز الطعن فى الأحكام الصادرة فى التظلم بكافة أوجه الطعن العادية وغير العادية ما عدا المعارضة ، وتتبع فى ذلك القواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات . وينظر الطعن فى الحكم الصادر فى التظلم بغرفة المشورة بطريق الاستعجال »[1] .

٢٨٢ — **الضمانات التى تكفل أتعاب المحامى** : إلى جانب الضمانات العامة التى تكفل حقوق الدائن ، نص قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ضمانين خاصين بأتعاب المحامى[2] :

(الضمان الأول) حق اختصاص المحامى بعقارات مدينه . ولا يقصد بهذا حق الاختصاص الذى يستطيع الحصول عليه كل دائن بيده حكم واجب التنفيذ ، فهذا حق يستطيع المحامى ، أسوة بسائر الدائنين ، الحصول عليه إذا كان هناك اتفاق على مقدار الأتعاب واستصدر به حكماً واجب التنفيذ وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة فى حق الاختصاص ، وقد تقدمت الإشارة إلى

---

(١) وتنص المادة ٤٨ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على أن « تحصل أقلام كتاب المحاكم رسوماً بنسبة اثنين فى المائة من المبالغ المقدرة التى لا تزيد قيمتها على ٣٠٠ جنيه عند وضع الصيغة التنفيذية على أوامر التقدير ، وما زاد على ذلك يحصل عنه واحد فى المائة » .

(٢) وذلك إلى جانب الضمانات الأخرى التى خولها القانون للوكيل لكفالة حقوقه نحو موكله ، وهى تضامن الموكلين نحوه وحق المحامى فى حبس المال الذى يقع فى يده لموكله حتى يستوفى حقوقه ، وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الضمانات التى تكفل التزامات الموكل (انظر ما يلى فقرة ٢٩٥ وما بعدها) . أما المستندات والأوراق التى تكون فى يد المحامى لموكله ، فهذه يجب أن يردها إليه وليس له الحق فى حبسها ، وتتبع فى ذلك أحكام المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ وقد سبق ذكرها (انظر آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش) .

ذلك[١] . ولكن الذى استحدثه قانون المحاماة هو جواز حصول المحامى على حق اختصاص ، إذا لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأتعاب واستصدر المحامى أمر تقدير من مجلس النقابة ، فله أن يحصل على حق الاختصاص بموجب أمر التقدير هذا دون أن يكون بيده حكم واجب التنفيذ . وقد نصت المادة ٤٩ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ فى هذا الصدد على ما يأتى : « للمحامى الذى صدر له أمر بتقدير أتعابه أومحضر صلح مصدق عليه من المجلس أومن المحكمة أو حكم صادر فى الطعن أن يحصل على أمر باختصاصه بعقارات من صدر أمر التقدير أوالحكم ضده أومحضر الصلح » . والنص لايضيف جديداً فيما إذا حصل المحامى على حق الاختصاص بموجب حكم صادر فى الطعن واجب التنفيذ فالمادة ١٠٨٥/١ مدنى تعطيه هذا الحق ، أو حصل عليه بموجب محضر صلح مصدق عليه من المحكمة إذ يكفى فى ذلك الاستناد إلى المادة ١٠٨٧ مدنى . ولكن الجديد الذى استحدثته المادة ٤٩ من قانون المحاماة هو أن يحصل المحامى على حق اختصاص بموجب أمر تقدير صادر من مجلس النقابة بعد شموله بالصيغة التنفيذية وانقضاء ميعاد التظلم فيه ، فإن هذا الأمر ليس بحكم واجب التنفيذ ومع ذلك يؤخذ به حق اختصاص ، أو أن يحصل على حق الاختصاص بموجب صلح مصدق عليه من مجلس النقابة دون حاجة لأن يكون محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة[٢] .

(الضمان الثانى) حق الامتياز على ماآل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل . وهذا الحق أعطى لأتعاب المحامى ، سواء كان هناك اتفاق على مقدارها أوحددت بأمر تقدير . ويظهر حق الامتياز هذا عندما ينفذ المحامى ، سواء بحكم واجب التنفيذ ، أو بأمر تقدير مشمول بالصيغة التنفيذية بعد

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ فى آخرها .

(٢) وهذا يعزز ما قضت به محكمة النقض من أن مجلس النقابة عند تقديره لأتعاب المحامى يمارس ولاية قضائية (انظر آنفاً ٢٨١ فى الهامش) – هذا إلى أنه يجوز أن يحصل المحامى على حق اختصاص بموجب حكم صادر فى الطعن فى أمر التقدير ، ولو لم يكن هذا الحكم واجب التنفيذ .

ويجوز ، فوق ذلك ، التنفيذ بأمر تقدير مشمول بالصيغة التنفيذية بعد انقضاء ميعاد التظلم ، وكذلك بمحضر صلح مصدق عليه من مجلس النقابة ، ويكون هذا وذلك فى قوة الأوراق الرسمية من ناحية التنفيذ .

انقضاء ميعاد التظلم ، أو بمحضر صلح مصدق عليه من المحكمة أومن مجلس النقابة ، فتكون الأتعاب ممتازة ، لابالنسبة إلى أموال الموكل عامة ، بل بالنسبة إلى المال الذى آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل . وتنص المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ فى هذا الصدد على ما يأتى : « تكون أتعاب المحامى على موكله من الديون الممتازة بالنسبة إلى ما آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل . وهذا الامتياز يلى فى المرتبة الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ١١٣٨ و ١١٣٩ من القانون المدنى ، على ألا يمس هذا الامتياز الحقوق العينية المسجلة قبل رفع الدعوى أو تقديم طلب التقدير » . وكانت أتعاب المحامى ، قبل أن تعطى حق امتياز بنص صريح فى قوانين المحاماة المتتالية ، مختلفاً فى أن تكون حقاً ممتازاً ، فقضت بعض المحاكم بأنها تعتبر من قبيل المصروفات القضائية وتكون مضمونة بامتيازها[1] . وحسم هذا الخلاف النص الصريح الذى ورد فى قانون المحاماة على النحو الذى رأيناه . فأتعاب المحاماة حق ممتاز على ما يؤول للموكل فى النزاع عقاراً كان أومنقولا ، فهو حق امتياز خاص على العقار وعلى المنقول . وهو إذا ورد على عقار غير خاضع للشهر فلا يقيد ، لأن الامتياز الخاص على العقار الخاضع للقيد يأخذ مرتبته من وقت القيد ، أما أتعاب المحامى فقد حدد النص مرتبتها بغير وقت القيد إذ تأتى فى المرتبة بعد المصروفات القضائية المذكورة فى المادة ١١٣٨ مدنى وبعد المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٤ – ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١ – ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ – عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ – ولكن إذا كان المحامى وكيلا عن أحد دائنى المدين فى دعوى أفادت باقى الدائنين ، كالدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، واستخلص بحكم صدر لمصلحة الدائن مثلا للمدين أمكن التنفيذ عليه لمصلحة جميع الدائنين ، فإن المحامى يتقدم بأتعابه على جميع هؤلاء الدائنين فى المال الذى استخلصه لهم ، لأن هذه الأتعاب تدخل هنا دون شك فى مصروفات حفظ أموال المدين وبيعها طبقاً لأحكام المادة ١١٣٨ مدنى (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه – عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ فقرة ٥٥٢ ص ٦٧٩) .

وقد قضى فى فرنسا بأن أتعاب المحامى تعتبر من قبيل مصروفات الحفظ والصيانة وتتمتع بامتياز هذه المصروفات (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ١٨٥ والأحكام المشار إليها – عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ فقرة ٥٥٢ ص ٦٧٨) .

المذكورة فى المادة ١١٣٩ مدنى ، وقبل حقوق الامتياز الأخرى خاصة كانت أوعامة . فإذا فرضنا أن المحامى فى دعوى استحقاق حصل على حكم باستحقاق موكله للعقار المتنازع فيه ، فإن أتعابه تكون ممتازة على هذا العقار . وتأتى مرتبتها بعد مرتبة المصروفات القضائية ومرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، فيستوفى المحامى أتعابه من ثمن هذا العقار بعد أن توفى المصروفات القضائية التى أنفقت فى التنفيذ على العقار والضرائب والرسوم والحقوق الأخرى المستحقة للخزانة العامة . ويتقدم المحامى بأتعابه على سائر الدائنين ، ولو كان لهم حق عينى على هذا العقار كامتياز أورهن أواختصاص ، ما لم يكن هذا الحق العينى مقيداً قبل أن يرفع المحامى دعواه بالأتعاب أوقبل أن يقدم طلباً إلى مجلس النقابة بتقديرها ، فى هذه الحالة يتقدم هذا الحق المقيد على أتعاب المحامى . أما إذا كان الحق العينى مقيداً بعد رفع المحامى لدعواه أو بعد تقديمه لطلب التقدير ، فإنه يتأخر فى المرتبة عن أتعاب المحامى ، حتى لو كان مقيداً قبل صدور الحكم فى دعوى المحامى أوقبل صدور أمر التقدير[1] .

٢٨٣ — سقوط الأتعاب بالتقادم : وتنص المادة ٥١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على ما يأتى : « يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله بالأتعاب ، عند عدم وجود سند بها ، بمضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل » . وهذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة المقررة فى التقادم المسقط ، فقد نصت المادة ٣٧٦ مدنى على أن « تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » . ونصت المادة ٣٧٩ مدنى على أن « ١ — يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يقدمون تقدمات أخرى . ٢ — وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة »[2] .

---

(١) محمد على عرفة ص ٤٤٤ .

(٢) وكانت المادة ٢٠٩/٢٧٣ من التقنين المدنى القديم تجعل مدة التقادم ثلثمائة وستين يوماً ، وتوجب المادة ٢١٢/٢٧٦ على الموكل أن يحلف يميناً على أنه أدى حقيقة للمحامى =

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب التمييز ، فى سقوط أتعاب المحامى بالتقادم ، بين فرضين :

(الفرض الأول) ألا يكون بيد المحامى سند بالأتعاب . ويتحقق ذلك إذا لم يكن هناك اتفاق مكتوب على مقدار الأتعاب ولم يحصل المحامى على أمر تقدير من مجلس النقابة . ففى هذا الفرض تسقط أتعاب المحامى بالتقادم بمضى خمس سنوات ، تسرى من تاريخ انتهاء التوكيل[1] . وغنى عن البيان أن الأتعاب تشمل كل ما يستحقه المحامى فى ذمة الموكل جزاء عما أداه من عمل يدخل فى أعمال مهنته ، كما تنص صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٧٩ مدنى فيما رأينا . ومن ثم تسقط الأتعاب بخمس سنوات ، ولوكانت مستحقة عن عمل ليس نزاعاً قضائياً كتحرير عقد أوقسمة شركة أوإجراء صلح أوتحكيم أو اتخاذ إجراءات لشهر حق خاضع للشهر[2] . وتسرى مدة التقادم من الوقت الذى يتم فيه المحامى مهمته بحسب التوكيل الصادر له . فإذا كان موكلا فى قضايا متعددة يقوم بينها ارتباط يجعلها كلا لا يقبل التجزئة ، أواتفق صراحة أوضمناً على ألا تستحق الأتعاب إلا بعد الانتهاء منها كلها ، فالتقادم لايسرى إلا بعد الانتهاء من آخر قضية من هذه القضايا[3] . وينقطع التقادم بإقرار الموكل بحق المحامى صراحة أوضمناً (م١/٣٨٤ مدنى) ، وبمطالبة المحامى بأتعابه عن

= الأتعاب التى فى ذمته . فجاءت قوانين المحاماة السابقة على العمل بالتقنين المدنى الجديد معدلة لهذه النصوص ، فنصت مثلا المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ على أنه « استثناء من حكم المادة ٢٠٩ من القانون المدنى الأهلى لا يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله بالأتعاب عند عدم وجود سند بها إلا بمضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل » . وإطالة المدة إلى خمس سنوات بدلا من ثلثمائة وستين يوماً أعفت الموكل من حلف اليمين ، فكان يكفى أن يتمسك بالتقادم الخمسى حتى يحكم بسقوط حق المحامى (محمد على عرفة ص ٤٤٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قررت محكمة الموضوع أن عمل المحامى فى الدعوى لم ينته بقرار الإيقاف ، بل إنه كان لايزال مكلفاً بمباشرة الدعوى إذا قدمت من بعد للمحكمة لسبب ما ، ومن ثم لا موجب لسريان مدة سقوط الحق فى الأتعاب ، فهذا هو تقرير من محكمة الموضوع وفهم منها لحاصل الواقع فى الدعوى ، مما لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٣ ص ٦٢٢) .

(٢) محمد على عرفة ص ١٤٦ – عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢ – استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٠ ص ٢٤٤ .

(٣) محمد على عرفة ص ١٥٥ .

طريق تقديم طلب لمجلس النقابة بتقديرها ، لأن هذه المطالبة إعلان بخصومة أمام جهة لها ولاية القضاء ، فتترتب عليها آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم فى مفهوم المادة ٣٨٣ مدنى[١] .

(الفرض الثانى) أن يكون بيد المحامى سند بالأتعاب . ويغلب أن يكون السند اتفاقاً مكتوباً بمقدار الأتعاب ، كما يصح أن يكون أمر تقدير صادراً من مجلس النقابة مشمولا بالصيغة التنفيذية ، أوحكماً صادراً من المحكمة ، أو محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة أو من مجلس النقابة[٢] . فى جميع هذه الأحوال لاتتقادم الأتعاب إلا بالمدة الطويلة ، أى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأتعاب أوصدور أمر التقدير أوالحكم أومحضر الصلح . ويستفاد هذا من نص المادة ٥١ من قانون المحاماة سالف الذكر ، فهو لايجعل مدة التقادم خمس سنوات إلا عند « عدم وجود سند بالأتعاب » ، فإذا وجد هذا السند وجب تطبيق القواعد العامة والرجوع إلى التقادم الطويل[٣] . ويقطع فى ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدنى ، فيما رأينا ، من أنه « إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق (ويدخل فى ذلك الحق فى الأتعاب) ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . ويقطع فى ذلك أيضاً ما قضت به المادة ٣٨٥ مدنى من أنه إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول ، إلا أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة .

المطلب الثانى

رد المصروفات

٢٨٤ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧١٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٨١ ص ٥٣٢ — وانظر آنفاً فقرة ٢٨١ فى الهامش .

(٢) ولا يسرى التقادم الخمسى على الأتعاب المحكوم بها للخصم الذى كسب الدعوى ، إذ هى تدخل فى المصروفات التى تكبدها ، فلا تسقط إلا بالتقادم الطويل (محمد على عرفة ص ٤٤٦ — محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢) .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ١٨٥ ص ٢٥٢ .

« على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة . فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها فى شؤون الوكالة ، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك »[1] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المواد ٥٢٦ – ٥٢٨/٦٤٧ – ٦٤٩[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م ٦٧٦ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٧١٠ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٤١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٩٢ – ٧٩٣ وم ٧٩٦[3].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ويلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذاً للوكالة تنفيذا معتاداً » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثانية « لعدم الحاجة إليها » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٤٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٧ – ص ٢١٨) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٥٢٦/٦٤٧ : . . . وله الحق فى فوائد النقود التى دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها .

م ٥٢٧/٦٤٨ : على الموكل تنفيذ ما التزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل . .

م ٥٢٨/٦٤٩ : وعليه أن يؤدى المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً ، أيا كانت نتيجة العمل ، إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٤١ (توافق النص المصرى كما ورد فى المشروع التمهيدى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٩٢ : على الموكل أن يقدم للوكيل الأموال وسائر الوسائل اللازمة لتنفيذ وكالته ، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص مخالف .

م ٧٩٣ : يجب على الموكل : أولا – أن يدفع إلى الوكيل كل ما أسلف من المال وما قام به من النفقات فى سبيل تنفيذ الوكالة ، مما لا يخرج عن حيز اللازم لهذا الغرض . وإذا كان يحق له أجر ، وجب أداؤه مع قطع النظر عن نتيجة العمل ، ما لم يكن هناك خطأ يعزى إلى الوكيل . =

ويتبين من النص سالف الذكر أن الموكل يلتزم بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من مبالغ إذا طلب الوكيل ذلك ، ويلتزم برد ما أنفقه الوكيل من ماله الخاص فى تنفيذ الوكالة ، ويدفع الفوائد على هذه المصروفات من وقت الإنفاق . ثم إن التزام الموكل برد المصروفات وفوائدها قد يسقط بالتقادم : فهذه مسائل أربع نبحثها على التعاقب .

٢٨٥ — التزام الموكل بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفقات : إذا اشترط الوكيل صراحة أن يقدم له الموكل المصروفات الواجب إنفاقها لتنفيذ الوكالة ، التزم الموكل بذلك بموجب هذا الشرط الصريح . على أن هنالك أيضاً أحوالا يظهر فيها بوضوح أن تنفيذ الوكالة يقتضى أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها فى شؤون الوكالة ، فهذه المبالغ يلتزم الموكل بتقديمها للوكيل بموجب شرط ضمنى يستخلص من الظروف ، وإذا طلب الوكيل من الموكل تنفيذ هذا الالتزام وتقديم هذه المبالغ وجب على الموكل تقديمها . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر فى شراء عقار بثمن كبير ، فالمفروض أن الوكيل قد قصد بقبوله الوكالة أن يقدم له الموكل الثمن حتى يستطيع شراء العقار ونقد المشترى ثمنه ، ولا يفرض أن الوكيل قد قبل أن يدفع الثمن من ماله الخاص وهو مبلغ كبير قد لا يكون متوافراً عنده . فإذا طلب الوكيل من الموكل تقديم الثمن حتى يتمكن من تنفيذ الوكالة ، وجب على الموكل أن يفعل ذلك . وكشراء العقار شراء الأسهم والسندات فى البورصة ، يكون المفروض أن الموكل قد التزم بتقديم ثمنها للسمسار عند شرائها حتى يدفعه هذا للبائع ، فإذا طلب السمسار تقديم الثمن وجب على الموكل تقديمه .وإذا اقتضى تنفيذ الوكالة

= ثانيا — أن يرفع عن عاتق الوكيل الموجبات التى ارتبط بها من جراء تنفيذ الوكالة . على أن الموكل لا يلزم بالموجبات التى ارتبط بها الوكيل ولا بالخسارة التى تحملها لخطأ ارتكبه أو لأسباب خارجة عن الوكالة .

م ٧٩٦ : إذا تفرغ الموكل عن القضية لشخص آخر ، فهو يبقى مسئولا لدى الوكيل عن جميع نتائج الوكالة طبقاً لمقتضى المادة ٧٩٣ ، ما لم يكن ثمة نص يخالف رضى به الوكيل .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى لا ينص على التزام الموكل بدفع فوائد على المصروفات التى أنفقها الوكيل من يوم الإنفاق ، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة ، وفيما عدا أن التقنين اللبنانى ينص صراحة على بقاء الموكل ملتزماً نحو الوكيل حتى لو تفرغ عن القضية موضوع الوكالة وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

سفراً طويلا يكلف الوكيل نفقات كبيرة ، فالمفروض هنا أيضاً أن الموكل قد التزم بتقديمها له قبل السفر ، وعليه أن يقدمها إذا طلب الوكيل ذلك . والمفروض كذلك أن الموكل قد التزم نحو المحامى أن يقدم له رسوم القضية ، قبل رفعها ، ولو كان المحامى قد رضى بتأجيل دفع الأتعاب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدماً ما ينفق منه على شؤون الوكالة ، كالمحامى يتقاضى من موكله مقدماً الرسوم القضائية الواجب دفعها »(١).

فإذا لم يقم الموكل بتنفيذ التزامه من تقديم المصروفات اللازمة لإنفاقها فى شؤون الوكالة ، سواء كان هذا الالتزام بموجب اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى ، كان للوكيل أن يطلب التنفيذ العينى ، كما أن له أن يقف تنفيذ الوكالة حتى يتقاضى هذه المصروفات ، وله أخيراً أن يطلب فسخ الوكالة مع التعويض إن كان له مقتض ، وذلك كله طبقاً للقواعد العامة . هذا إلى أن للوكيل بداهة أن يتنحى عن الوكالة كما سيأتى ، وذلك بغض النظر عما إذا كان الموكل قد قام أولم يقم بالتزامه .

٢٨٦ — التزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل من ماله الخاص فى تنفيذ الوكالة : على أنه كثيراً مايقع أن ينفق الوكيل من ماله الخاص مايستلزمه تنفيذ الوكالة ، أما لأنه لا يوجد اتفاق صريح أوضمنى على أن يقدم الموكل هذه النفقات ، وإما لأن الوكيل لم يطلب من الموكل تقديمها وقام هو بالإنفاق من ماله الخاص . فيلتزم الموكل فى هذه الحالة بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى إدارة أعماله ، رجع الوكيل على الموكل بما أنفقه فى إدارة هذه الأعمال ، كأن دفع أجوراً لعمال استلزمت الإدارة عملهم أو لمعاونين استعان بهم فى عمله ، أو اقتضته أعمال الإدارة أسفاراً دفع نفقاتها ، أو اقتضته رفع دعاوى دفع رسومها وأتعاب المحامين فيها ، وما إلى ذلك من النفقات التى تقتضيها أعمال إدارته . وإذا وكل شخص فى إدارة أرض زراعية ، رجع على موكله بما أنفقه فى شراء السماد والبذور ومبيدات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣ .

الحشرات وحرث الأرض وريها وجنى المحصول . أما إذا اقتضته إدارة الأرض أن يشترى آلات زراعية ومواشى أو أن يقيم مبانى ، فيغلب أن تكون هذه النفقات الكبيرة مما يلتزم الموكل بتقديمها للوكيل قبل أن يقوم بهذه الأعمال على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . كذلك إذا وكل شخص فى شراء عقار ، فيغلب أن يقدم الموكل الثمن للوكيل كما أسلفنا القول ، وقد يقوم الوكيل بعد ذلك ببعض النفقات كدفع السمسرة ومصروفات كتابة العقد والتسجيل فهذه يرجع بها على الموكل[1] . ويدخل أيضاً فى النفقات التى يرجع بها الوكيل على الموكل ما عسى أن يكون الأول قد التزم به شخصياً نحو الغير فى سبيل تنفيذ الوكالة ، إما لأن التنفيذ استوجب منه ذلك ، وإما لأنه كان يعمل مسخراً باسمه الشخصى ولحساب الموكل كما سنرى عند الكلام فى الاسم المستعار . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧١٠ مدنى يتضمن فقرة ثانية فى هذا المعنى تجرى بما يأتى : « ويلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً »[2]. فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها »[3] . وليس النص فى الواقع من الأمر إلا تطبيقاً للقواعد العامة .

ويجب أن يتوافر فى النفقات التى يرجع بها الوكيل على الموكل شرطان :
(١) أن تكون نفقات استلزمها تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد . فلا يسترد الوكيل نفقات يجاوز بها حدود الوكالة ، أو تكون غير لازمة لتنفيذ الوكالة ، أو تكون نفقات غير معقولة كان يمكن تفاديها لو نفذت الوكالة التنفيذ المعتاد بأن بذل الوكيل فى تنفيذها العناية الواجبة ولم يرتكب خطأ .

(٢) أن تكون نفقات مشروعة ، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجز له

---

(١) وإذا وفى الوكيل ديناً فى ذمة الموكل بمبلغ أقل من الدين ، لم يرجع إلا بمقدار ما وفى (نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ٣٦٣ — أول يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ — ١ — ٤٦٤ — أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٧٠) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما الالتزامات التى عقدها الوكيل باسم الموكل فهى تنصرف إليه مباشرة ، والتى عقدها باسمه الشخصى يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها ، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٨ — وانظر آنفاً فقرة ٢٨٤ فى الهامش .

استردادها . وقد كانت المادة ٥٢٨/٦٤٩ من التقنين المدنى القديم تنص على هذا الشرط صراحة إذ تقضى على الموكل « أن يؤدى المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً »[١]، ولم ينقل التقنين المدنى الجديد هذه العبارة لوضوح حكمها .

ومتى توافر هذان الشرطان ، فإنه يجب على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه من مصروفات ، حتى لو كان إنفاقها بعد انتهاء الوكالة مادامت مصروفات ضرورية[٢] . والوكيل هو الذى يحمل عبء إثباته ما أنفقه من مصروفات[٣] . وله الإثبات بجميع الطرق لأن الإنفاق واقعة مادية ، ولكن يغلب أن يقدم الوكيل مستندات الصرف فى أوراق مكتوبة كالفواتير والإيصالات . وعليه أن يثبت أيضاً وقت الإنفاق[٤] ، إذ من هذا الوقت تسرى فوائد المصروفات التى قدمها الوكيل كما سنرى . ومتى أثبت الوكيل المصروفات التى أنفقها ، فعلى الموكل أن يثبت أنه ردها للوكيل ، أو أن هذه المصروفات أنفقت من مال له عند الوكيل ، أو أن الوكيل ارتكب خطأ تسببت عنه هذه المصروفات أو جزء منها[٥] . والمصروفات التى أنفقها الوكيل تكون عادة عنصراً من عناصر الحساب الذى يقدمه للموكل عند انتهاء الوكالة ، فيخصمها من المال الذى بيده للموكل[٦]، ويبقى الرصيد مديناً أو دائناً يرجع به الموكل على الوكيل أو الوكيل على الموكل عند انتهاء الوكالة . ولكن لا يوجد

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٤ فى الهامش .

(٢) نقض فرنسى ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ – ١ – ١٨٣ – باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ – ٢ – ٢٨٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص٢٢٣ وهامش ١ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ – وحتى لو صرفت بعد موت الموكل (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ – ص ٢٢٤) .

(٣) نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠ – ١ – ٣٢٦ – ٢٨ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٥٢٠ – بون ١ فقرة ١٠٨٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ١٧٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٤) جيوار فقرة ١٥٦ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧١٩ .

(٥) نقض فرنسى ١٢ مايو سنة ١٨٨٦ سيريه ٩٠ – ١ – ٣٢٦ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧١٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٦) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧١٦ .

ما يمنع من أن يسترد الوكيل فوراً المصروفات التى أنفقها إذا كان فى حاجة إلى ذلك(١) .

ومصدر التزام الموكل برد المصروفات إلى الوكيل هو عقد الوكالة ذاته ، فالالتزام إذن عقدى ، وليس مبنياً على الفضالة أو على قاعدة الإثراء بلا سبب ؛ ومن هنا كانت الوكالة عقداً ملزماً للجانبين إذا كانت هناك مصروفات يلتزم الموكل بردها(٢) . وهناك فرق ، من هذه الناحية ، بين المصروفات التى يستردها الوكيل ، وتلك التى يستردها الفضولى أو التى يستردها المفتقر لحساب غيره . فالوكيل يسترد ، بموجب عقد الوكالة ، جميع المصروفات التى أنفقها فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد دون أن يرتكب خطأ تتسبب عنه زيادة فى هذه المصروفات(٣) ، ويسترد هذه المصروفات مهما كان حظه من النجاح فى مهمته كما يقول النص (م ٧١٠ مدنى) ، حتى لو فشل فيها ، لأن التزامه التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية(٤) . أما الفضولى فيسترد ، بموجب قواعد الفضالة ، المصروفات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف (م ١٩٥ مدنى) . ويسترد المفتقر لحساب الغير ، بموجب قواعد الإثراء بلا سبب ، المصروفات التى أنفقها ولكن فى حدود ما أثرى به الغير على حسابه بسبب هذه المصروفات (م ١٧٩ مدنى) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد يقتضى تنفيذ الوكالة نفقات يصرفها الوكيل أو التزامات تترتب فى ذمته . فالنفقات ، مادامت معقولة ، يستردها من

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٨ – وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٠٠ .

(٣) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١١ – فإذا ارتكب خطأ ، كأن قام بصفقة فى وقت غير مناسب فكلفته أكثر من المعتاد ، أو اشترى سلعة من صنف أعلى مما هو مكلف بشرائه أو بثمن أعلى من ثمن السوق عن تقصير وعدم حيطة ، فإن الزيادة فى المصروفات الناشئة عن هذا الخطأ لا يستردها (پون ١ فقرة ١٠٨٧ – لوران ٢٨ فقرة ٨ وفقرة ١٠ – جيوار فقرة ١٥٤ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٠٥) .

(٤) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٧ ص ٢٣٨ – استئناف مختلط أول مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٤٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٠٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ص ٩٢١ – ومن جهة أخرى لا يسترد إلا المصروفات التى أنفقها فعلا ، حتى لو عادت هذه المصروفات على الموكل بنفع أكبر من قيمتها (بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٠ ص ٩٢١) .

الموكل جميعاً مع فوائدها من وقت الإنفاق ، وهذا استثناء جديد للقاعدة التى تقضى بأن الفوائد لا تجب إلا من وقت المطالبة القضائية . ويسترد الوكيل النفقات ، سواء نجح فى مهمته أولم ينجح . وهذا فرق ما بين الوكالة من ناحية والفضالة والإثراء بلا سبب من ناحية أخرى ، فإن الفضولى يسترد النفقات الضرورية والنافعة . . والدائن فى الإثراء بلا سبب لا يسترد إلا أدنى القيمتين كما هو معروف»[1] .

٢٨٧ — التزام الموكل بدفع فوائد المصروفات من يوم الإنفاق :

جاء فى صدر المادة ٧١٠ مدنى كما رأينا : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق .. » . فالمصروفات التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة تنتج فوائد بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال ، وذلك من يوم الإنفاق[2] . وفى هذا خروج على القواعد العامة ، فقد كانت هذه القواعد تقضى بسريان الفوائد من يوم المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدنى)[3] ، وقد سبق أن خرجنا على القواعد العامة أيضاً ولكن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣ — وتعليل ذلك واضح ، فالوكيل يعمل بتفويض من موكله فيسترد كل المصروفات ولو لم ينجح فى مهمته ، والفضولى يعمل بغير تفويض من رب العمل ولكنه يتطوع لرعاية مصالحه فيسترد المصروفات الضرورية والنافعة ، والمفتقر لحساب غيره يعمل دون تفويض ودون أن يقصد رعاية مصلحة الغير فلا يسترد إلا أدنى القيمتين (كولان وكابيتان ودى لاموراندير فقرة ١٣٦٢ ص ٨٧٢) .

هذا ويجوز الاتفاق على أن أجر الوكيل يتضمن المصروفات التى ينفقها فى تنفيذ الوكالة ، فتخلو عملية تقديم الحساب من تعقيدات حساب المصروفات (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٢٧٣ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٠ ص ٢٣٦) .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأن المدين المتضامن إذا دفع كل الدين رجع على المدين المتضامن الآخر بنصيبه فى الدين وبالفوائد من وقت دفع الدين تطبيقاً لأحكام الوكالة (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠) .

(٣) ويقال فى تعليل ذلك إنه لما كانت الوكالة فى الأصل بغير أجر ، فقد وجب أن يتقاضى الوكيل فوائد على ما أنفقه من ماله من وقت الإنفاق حتى لا يتحمل خسارة ، ويكفى أنه لا يجنى كسباً (ترولون فقرة ٦٧٤ — لوران ٢٨ فقرة ١١ — جيوار فقرة ١٥٦ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٠٩) . ومع ذلك سنرى أن الوكيل يتقاضى الفوائد من وقت الإنفاق حتى لو كانت الوكالة مأجورة . والأولى أن يقال إن الوكالة ، حتى لو كانت مأجورة ، ليست كالمقاولة من عقود المضاربة ، إذ الأجر فيها يزيد أو ينقص حتى يتناسب مع عمل الوكيل ، فكان من حق الوكيل أن =

لمصلحة الموكل عندما قررنا أن الفوائد على رصيد الحساب المستحق للموكل تسرى من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد[١] . وتستحق الفوائد على المصروفات على النحو الذى قدمناه ، سواء كان الوكيل بغير أجر أوكان مأجوراً ، فإن تقاضى الأجر لا يمنع الوكيل من تقاضى المصروفات وفوائدها [٢] .

ويخصم الوكيل المصروفات وفوائدها من وقت الإنفاق من كل مال يقع فى يده للموكل ، فإذا لم يكن للموكل مال فى يد الوكيل ، أوكان له مال غير كاف ، فما لم يستوفه الوكيل من المصروفات ينتج فوائد من وقت إنفاق المصروفات حتى يستجد مال للموكل فى يد الوكيل فيخصم منه ما تجمد من المصروفات وفوائدها . وما لم يستوف من المصروفات يبقى منتجاً لفوائده كما قدمنا ، وأما ما لم يستوف من الفوائد فيبقى سارياً دون أن ينتج فوائد بدوره[٣] وإلا كانت هذه فائدة مركبة وهى ممنوعة بحكم القانون (م ٢٣٢ مدنى) . وعند انتهاء الوكالة يكون هناك رصيد مدين أو دائن بحسب الأحوال ، فيرجع به الموكل على الوكيل أو الوكيل على الموكل كما سبق القول .

ويجوز للوكيل أن ينزل صراحة أو ضمناً عن تقاضى فوائد على المصروفات التى ينفقها ، ولا يعتبر هذا النزول هبة غير مباشرة ، بل هو يشبه القرض بغير فائدة[٤] .

= يتقاضى فوائد على المصروفات التى أنفقها إذ هو غير مضارب ، فإذا كان لا يجنى ربحاً غير الجزاء الحق على عمله فمن العدل ألا يتحمل أيضاً خسارة – ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى – هنا كما ذهب فى سريان الفوائد على الوكيل الذى يستعمل مال الموكل لصالحه من وقت الاستعمال – إلى أن أساس الفوائد هو الإثراء بلا سبب الذى يقدر فيه القانون قيمة التعويض تقديراً جزافياً بسعر الفائدة القانونى (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٠ ص ٢٣٦) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٠ فبراير سنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦ – ١ – ٥١٢ – ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ١ – ٢٦٩ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ – ولكن الأجر لا ينتج فوائد من يوم استحقاقه كما تنتج المصروفات فوائد من يوم إنفاقها ، إذ لم يرد نص فى هذا المعنى بالنسبة إلى الأجر ، فلا تستحق فوائد على الأجر إلا من وقت المطالبة القضائية بالأجر وبفوائده طبقاً للقواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ فى آخرها) .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ .

(٤) نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ – ١ – ٤٢٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧١٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ .

وقد جرى القضاء فى فرنسا على أن وكيل القضايا (avoué)[1] لا يستحق فوائد على المصروفات التى أنفقها من وقت الإنفاق ، استثناء من حكم المادة ٢٠٠١ مدنى فرنسى التى تقضى بأن الوكيل يستحق هذه الفوائد من وقت الإنفاق ، فتسرى الفوائد من وقت الإعذار وفقاً للقواعد العامة فى شأن الفوائد[2] . ويعلل القضاء الفرنسى هذا الاستثناء بأن المادة ٢٠٠١ مدنى فرنسى إنما تسرى فى وكالات التعامل (mandats ad negotia) لا فى الوكالة بالخصومة (mandat ad litem) ، وبأن لأتعاب وكيل القضايا تعريفة مقررة لم ترد فيها الفوائد[3] . والحجتان لا وزن لها ، فالتمييز بين وكالة التعامل والوكالة بالخصومة لا أساس له لا فى القانون ولا فى العدالة ، وتعريفة الأتعاب المقررة لوكلاء القضايا لا شأن لها بفوائد المصروفات . ومن ثم اعترض أكثر الفقهاء الفرنسيين على القضاء الفرنسى فى هذه المسألة[4] . ولا محل للأخذ بهذا القضاء فى مصر ، بل يجب القول بأن المحامى إذا أنفق مصروفات لحساب موكله ، كأن دفع رسوم القضية من ماله الخاص ، فإنه يستحق فوائد على ما أنفقه من يوم الإنفاق تطبيقاً لأحكام المادة ٧١٠ مدنى

٢٨٨ — سقوط الالتزام برد المصروفات بالتقادم : ولم يرد نص خاص فى سقوط التزام الموكل برد المصروفات بالتقادم ، فتسرى القواعد العامة ، ويسقط هذا الالتزام بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت

---

(١) وهو غير المحامى (avocat) ، ووكيل القضايا فى فرنسا يقوم بإجراءات الدعوى وتقديم الطلبات ولذلك يعد وكيلا عن الخصم ، أما المحامى فيقوم بالمرافعة أمام المحكمة . وفى مصر يجمع المحامى بين العملين ، ويتقاضى أتعابه عنهما معاً .

(٢) فى فرنسا تستحق الفوائد من وقت الإعذار ، لا من وقت المطالبة القضائية بها كما فى مصر .

(٣) نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة ١٨١٩ S. chr. — ١٤ يناير سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ — ١ — ١٧٩ — ٢١ أغسطس سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢ — ١ — ٣٧٩ — رن ٢٨ مارس سنة ١٨٥١ سيريه ٥٢ — ٢ — ٥٧١ — نانسى ٨ يناير سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢ — ٢ — ٥٧١ — دويه ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٣ — ٢ — ٥٥٩ .

(٤) بون ١ فقرة ١١١١ — لوران ٢٨ فقرة ١٦ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧١١ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ — جارسونيه فى المرافعات ١ فقرة ٩٣ ص ٣٦٩ هامش ١٦ .

استحقاقه . ووقت الاستحقاق يكون عادة وقت التصديق على الحساب ، حيث يدرج الوكيل المصروفات التى أنفقها ، فإن بقى له رصيد دائن رجع به على الموكل ، وفيه المصروفات التى أنفقها ، فتتقادم مع الرصيد بخمس عشرة سنة . وكذلك الأمر فى الفوائد على المصروفات فإنها تدرج مع المصروفات فى الحساب كما قدمنا ، ومن ثم لا تسقط بالتقادم إلا مع الرصيد ، وبخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات[1] . أما فوائد الرصيد ذاته ، وهى تستحق من وقت الإعذار إذا كان الرصيد فى مصلحة الموكل ومن وقت المطالبة القضائية بها إذا كان الرصيد فى مصلحة الوكيل ، فتسقط بخمس سنوات ، شأنها فى ذلك شأن كل دين دورى متجدد[2] .

وإذا طالب الوكيل الموكل بالمصروفات وفوائدها من وقت الإنفاق ، إما لأن مالا للموكل لا يوجد تحت يده وإما لأنه فى حاجة إلى المال ، فإن المصروفات والفوائد تصبح مستحقة من وقت الإنفاق ، وتسقط بالتقادم ، الأولى بخمس عشرة سنة ، والثانية بخمس سنوات[3] .

وتسقط المصروفات التى ينفقها المحامى لحساب موكله بالتقادم بخمس سنوات من وقت الإنفاق ، وذلك بنص صريح فى المادة ٣٧٦ مدنى إذ تقول : « تتقادم بخمس سنوات حقوق . . المحامين . . على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وماتكبدوه من مصروفات » . ثم تنص المادة ٣٧٩ مدنى على أن « ١ – يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى . ٢ – وإذا حرر سند بحق من هذه

---

(١) نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦ – ١ – ٩٤٠ – ٧ نوفمبر سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٥ – ١ – ١٦٦ – ١٢ مارس سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ – ١ – ٢٧٣ – جيوار فقرة ١٥٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٣ هامش ٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ – انظر عكس ذلك وأن الفوائد تسقط بخمس سنوات من وقت علم الموكل بالانفاق بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧١٥ – محمد على غرفة ص ٤٠٢ (تسقط الفوائد بخمس سنوات من تاريخ تقديم الحساب) .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٢٣ – وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧١٥ .

(٣) قرب بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧١٥ .

الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . فإذا حرر المحامى سنداً بمصروفاته ، لم تسقط هذه المصروفات إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

المطلب الثالث

التعويض عن الضرر

٢٨٩ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧١١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً »[١] .

وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص[٢] :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأدخلت لجنة المراجعة فيه تعديلات لفظية فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٤٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٩ — ص ٢٢١) .

(٢) وجعل القضاء التعويض عن الضرر أصلا يتفرع عنه التزام الموكل برد المصروفات للوكيل (م ٥٢٨/٦٤٩ مدنى قديم) . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشارع المصرى ، إذ أوجب على الموكل فى المادة ٥٢٨ مدنى قديم أن يؤدى المصروفات المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً أياً كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه ، كان يعنى حتماً تعويض الوكيل تعويضاً كاملا ، ويرمى إلى تحقيق هذا الغرض الذى لن يتوافر إلا بإحاطة الوكيل بسياج من الضمان يكفل له الحصول على مقابل الضرر الذى يتحمله فى شخصه وفى ماله . وإن كانت هذه المادة منقولة من المادة ١٩٩٩ من المجموعة المدنية الفرنسية التى تليها المادة ٢٠٠٠ وفيها نص صريح على أن الموكل عليه تعويض الوكيل عن الخسارة التى يتحملها بغير تقصير منه بسبب قيامه بأعمال الوكالة ، إلا أنها فى الواقع شاملة لكلتا الحالتين . فالمصاريف نوع من الخسائر ، وخروجها من مال الوكيل من شأنه أن ينقص هذا المال ويلحق به خسارة تعادل النقص الذى حل به . وإذا كان المشرع الفرنسى قد عمد إلى الإسهاب والإيضاح ، فقد نحا المشرع المصرى فى القانون المدنى القديم منحى طابعه الإيجاز ، فقرر مبدأ التعويض ، وترك الباب مفتوحاً أمام القاضى فى مجال التطبيق العملى ليسير بالمبدأ إلى غايته ، ويحمل الموكل تبعة تعويض الوكيل مادام هذا الأخير يعمل فى حدود الوكالة ومادام الضرر لم يكن ناشئاً عن خطأه وتقصيره . وإيراد المشرع المصرى لهذا المبدأ فى المادة ٧١١ مدنى جديد ، التى تنص على أن الموكل يكون مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ، لم يقصد به الاستحداث بل زيادة الإيضاح (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٦ ص ٢٩٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م ٦٧٧ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٧١١ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٩٣ فقرة أخيرة[١].

٢٩٠ — الشرطان الواجب توافرهما لتحقق مسئولية الموكل : ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك شرطين يجب توافرهما حتى تتحقق مسئولية الموكل عما أصاب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة ؛ « الشرط الأول » أن يكون تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد هو السبب فى الضرر الذى أصاب الوكيل . (الشرط الثانى) ألا يثبت خطأ فى جانب الوكيل . فإذا توافر هذان الشرطان تحققت مسئولية الموكل ، وليس يلزم بعد ذلك أن يتوافر أى شرط آخر إذ النص لا يتطلب إلا هذين الشرطين .

فنستعرض كلا من الشرطين المتقدمى الذكر ، ثم نستعرض ما لا يشترط توافره .

٢٩١ — الشرط الأول — تنفيذ الوكالة هو السبب فى الضرر : يشترط القانون أن يكون الوكيل قد أصابه ضرر « بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتادا ». فيجب أن يكون تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً هو السبب المباشر فى الضرر . فإذا خرج الوكيل فى تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد ، وأصيب من جراء ذلك بضرر ، لم يكن الموكل مسئولا[٢] . وإذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

- تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٩٤ فقرة أخيرة : على أن الموكل لا يلزم بالموجبات التى ارتبط بها الوكيل ولا بالخسارة التى تحملها لخطأ ارتكبه أو لأسباب خارجة عن الوكالة . (ويفهم من هذا النص ، بمدلول المخالفة . أن الموكل يلزم بالخسائر التى تحملها الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إذا كان الوكيل لم يرتكب خطأ فى تنفيذها . فتكون أحكام التقنين اللبنانى متفقة مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) ويمكن القول بأن خروج الوكيل فى تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد يكون خطأ منه ، فيختل الشرط الثانى من شروط تحقق مسئولية الموكل وهو عدم ثبوت خطأ فى جانب الوكيل ، فلا يكون الموكل مسئولا .

السبب المباشر فى الضرر ، انتفت مسئولية الموكل ، حتى لو كان الضرر قد تحقق فى مناسبة (à l'occasion) تنفيذ الوكالة .

وقد كان القانون الرومانى فى هذا المعنى ، فكان لا يلزم الموكل بتعويض الضرر الذى يصيب الوكيل فى مناسبة تنفيذ الوكالة . فإذا أصيب الوكيل فى أثناء تنفيذه الوكالة — لا بسبب هذا التنفيذ — بضرر ، كأن سرقت أمتعته أو أصيب فى حادث فجرح أوقتل أو غرق ، لم يكن الموكل مسئولا عن ذلك . ولكن القانون الفرنسى القديم توسع فى مسئولية الموكل ، فجعلها تشمل أيضاً الضرر الذى يصيب الوكيل فى مناسبة تنفيذ الوكالة . ونقل التقنين المدنى الفرنسى عن القانون الفرنسى القديم هذا الحكم ، فقضى فى المادة ٢٠٠٠ منه بمسئولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل « فى مناسبة قيامه بالعمل » (à l'occasion de sa gestion) .

ولما كان الموكل ، فى مسئوليته عن الضرر الذى يصيب الوكيل ، إنما يتحمل تبعة هى أقرب إلى الضمان منها إلى المسئولية ، فالتوسع فى هذه المسئولية إلى حد أن تشمل الضرر الذى يصيب الوكيل فى « مناسبة » تنفيذ الوكالة أمر خطير[1] . فالوكيل ليس أجدر بالرعاية من العامل فى عقد العمل ، والعامل إنما يعوض عن الضرر الذى يصيبه فى أثناء العمل بقدر محدود[2] . ومن ثم نرى أن التقنين المدنى المصرى الجديد قد قصر مسئولية الموكل على الضرر الذى يصيب الوكيل « بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » ، فاشترط أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر .

فإذا وكل شخص فى شراء سيارة ، وفى أثناء تجربته للسيارة التى اعتزم

---

(١) قرب أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص ٢٣٧ .

(٢) على أن هناك اتجاهاً عند فريق من فقهاء القانون الفرنسى يميل إلى التوسع ، ويذهب إلى جعل التزام الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر ليس إلا تطبيقاً لمبدأ عام يقضى بالتزام رب العمل بتعويض من يعمل لحسابه — وكيلا كان أو مقاولا أو عاملا أوغير ذلك — عن الضرر الذى يصيبه بسبب العمل الذى يقوم به (انظر Dereux فى الضرر الذى يصيب من يعمل لحساب غيره المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٨) . ولكن هذا الاتجاه لم يسد ، فالمسلم فى الفقه الفرنسى أن الالتزام بالتعويض مقصور على الوكالة ، فلا يلتزم رب العمل بتعويض المقاول عن الضرر الذى يصيبه بسبب تنفيذ العمل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٢٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٣٧ ص ٩٢١ هامش ١) .

شراءها للموكل دهس شخصاً فى الطريق ، فتحققت مسئوليته باعتباره حارساً للسيارة لا بناء على خطأ ثبت فى جانبه ، فإنه يكون مسئولا عن التعويض نحو المصاب ، ويرجع بهذا التعويض على الموكل إذ هو ضرر أصابه وخسارة تحملها بسبب تنفيذه للوكالة تنفيذاً معتاداً . أما إذا ثبت خطأ فى جانبه ، فإن الموكل لا يكون مسئولا[1] ، فشرط تحقق مسئولية الموكل ألاّ يثبت خطأ فى جانب الوكيل كما سنرى . وإذا كان تنفيذ الوكالة فى ذاته يحقق مسئولية الوكيل المدنية أو الجنائية ، كما وقع فى قضية وكل فيها أحد اليهود الألمان شخصاً فى تحصيل أمواله وتصديرها إليه عندما اضطرته القوانين النازية أن يغادر البلاد ، فحبس الوكيل بسبب تنفيذ هذه الوكالة وغرم ، فإن الموكل يكون فى هذه الحالة مسئولا عن تعويض الوكيل[2] . وإذا كان الوكيل بين أن ينقذ مالا مملوكاً له أو مالا فى يده للموكل ، أو كان فى وسعه أن يتحاشى هلاك مال الموكل باستعمال ماله الخاص ، فإنه لا يلتزم ، كما يلتزم المستعير (م ٦٤١ مدنى) ، بتضحية ماله من أجل مال الموكل . فإذا هو فعل ، وأنقذ مال الموكل بتضحية ماله الخاص ، كان هذا ضرراً أصابه بسبب تنفيذ الوكالة ، وجاز له أن يرجع بالتعويض على الموكل . وإذا ضيع الوكيل على نفسه صفقة حتى يحقق للموكل ربحاً أكبر مما خسره هو بسبب ضياع الصفقة عليه ، كان له أن يرجع على الموكل بتعويض هذه الخسارة . والوكيل فى ذلك ليس أقل جدارة باستحقاق التعويض من الفضولى ، والفضولى يستحق التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدنى) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر ، فإن له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر كما يرجع الفضولى ، مثال ذلك أن يضحى بمصلحة شخصية حرصاً على مصلحة أكبر للموكل »[3] :

---

(١) وقد قضى بعدم مسئولية الموكل إلا إذا أثبت الوكيل أن الحادث لم يقع بخطأ منه (ليون الاستئنافية ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ – ٢ – ٣١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٤ هامش ٤) .

(٢) كولمار ١٦ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دى باليه ١٩٣٧ – ١ – ٨٦٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٢٨٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٢٣ – وقد قضى بأن الوكيل بالعمولة إذا وكل =

أما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر ، فإن الموكل لا يكون مسئولا ، ولو كان الضرر قد وقع فى مناسبة هذا التنفيذ كما سبق القول . فإذا وكل محام فى قضية اقتضته أن يسافر إلى مقر المحكمة ، فركب قطاراً أو سيارة أو سفينة ، وفى الطريق وقع اصطدام بالقطار أو بالسيارة أو غرقت السفينة ، فجرح المحامى أو قتل أو غرق ، لم يكن الموكل مسئولا عن التعويض . وكذلك لو أصاب المحامى ضرر مالى ، كأن سرقت أمتعته فى الطريق أو ضاعت أو تمزقت ملابسه بسبب حادث وقع ، فإن الموكل لا يكون مسئولا[1] . ويبدو أن مسئولية الموكل فى القانون الفرنسى تتحقق فى هذه الأحوال ، نظراً لأن نص التقنين المدنى الفرنسى أوسع من نص التقنين المدنى المصرى ، فهو لا يقتصر على إيجاب التعويض عن الضرر بسبب تنفيذ الوكالة كما اقتصر نص التقنين المدنى المصرى ، بل يجاوز ذلك إلى إيجاب التعويض عن الضرر الذى يقع فى مناسبة تنفيذ الوكالة[2] ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . على أنه يجوز أن يصيب الوكيل ضرر فى جسمه أو فى ماله بسبب قيامه بأعمال الوكالة نفسها ، فيكون الموكل مسئولا عن التعويض حتى فى القانون المصرى . مثل ذلك أن تكون

= فى بيع أسهم فى البورصة أو فى شرائها ، فباع أو اشترى ، ثم تخلف الموكل عن تسليمه الأسهم التى وكل فى بيعها أو تسليمه ثمن الأسهم التى وكل فى شرائها ، فنفذ على الوكيل بالعمولة ، كان لهذا الوكيل أن يرجع على الموكل بما لحقه من الخسارة من جراء ذلك (نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٥٣٧) . ويدخل فى التعويض المستحق للوكيل عما أصابه من الخسارة أن يلتزم الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل كما فى الاسم المستعار (المسخر) ، فيلتزم الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل من هذا الالتزام (نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ – ١ – ٤٦٤ – ٥ أغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١ – ١ – ١٦٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢) .

(١) أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص ٢٣٧ – وقارن محمد على عرفة ص ٤٠٢ – ص ٤٠٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٢١ .

(٢) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٤٢٨ – ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٤٨١ – باريس ١٤ أغسطس سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٣ – ٢ – ٧٥ – إكس ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ – ٢ – ٣٠١ – باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٤ – ٢ – ٤١٨ – السين ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ – ٥ – ٦٠ – جيوار فقرة ١٧٤ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ – چوسران ٢ فقرة ١٤١٣ (ويصف التزام الموكل بأنه التزام عقدى بضمان السلامة ترتب فى ذمة الموكل نحو الوكيل) .

الوكالة بالذات واقعة على استئجار قطار أو سيارة أو سفينة للقيام برحلة مدرسية أو رحلة عمالية أو نحو ذلك ، فيجرح الوكيل أو يقتل أو يغرق ، فيكون الضرر قد أصابه بسبب تنفيذ الوكالة ، ويكون الموكل مسئولا عن التعويض[1].

٢٩٢ — الشرط الثاني — لا خطأ في جانب الوكيل : ولا يكون الموكل مسئولا عن الضرر الذي يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إلا إذا كان لم يثبت خطأ في جانب الوكيل . وتنص المادة ٧١١ مدني صراحة على هذا الشرط ، فهي تقضي بمسئولية الموكل « عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه » . فإن ارتكب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة ، كأن جاوز حدود التوكيل فأصبح مسئولا نحو من تعامل معه ، أو ارتكب خطأ جعله مسئولا قبل الغير ، أو ارتكب مخالفة حكم عليه بالغرامة فيها ، فإن الموكل لا يكون مسئولا عن تعويضه الضرر الذي لحق به من جراء الحكم عليه بالتعويض أو بالغرامة[2].

فإذا لم يثبت خطأ في جانب الوكيل[3] ، فإن الموكل يكون مسئولا ، سواء حدث الضرر للوكيل بخطأ الموكل أو بخطأ الغير أو بقوة قاهرة .

٢٩٣ — ما لا يشترط توافره : ومتى توافر الشرطان المتقدما الذكر ،

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية صاحب السفينة عن تعويض قبطانها بسبب القبض عليه من السلطات اليونانية في أثناء الحرب ما بين تركيا واليونان ، وهو يحمل جنوداً عثمانيين وأسلحة وذخائر (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٣) . وقضت أيضاً بمسئولية الموكل عن تعويض ورثة الوكيل الذي قتل في أثناء قيامه بتنفيذ الوكالة (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٧٩) .

(٢) باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٤ — ٢ — ٤١٨ — ٤ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ٢ — ٣٠١ — جيوار فقرة ١٧٥ — بودري وفال في الوكالة فقرة ٧٠٦ وفقرة ٧٢١ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ هامش ١ .

وقد قدمنا أنه قد يقضى على الوكيل بالتعويض لعمل يأتيه في تنفيذ الوكالة دون أن يثبت خطأ في جانبه ، وتكون مسئوليته قائمة على أساس حراسته لسيارة أو لحيوان ، ففي هذه الحالة لا يكون قد ارتكب خطأ ينفي مسئولية الموكل ويكون هذا مسئولا عن تعويض الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٢٩١) .

(٣) وعبء الإثبات يقع على الوكيل ، فعليه أن يثبت أن الضرر قد وقع عليه دون أن يرتكب خطأ (قرب ليون ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ — ٢ — ٣١ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٣٤ هامش ٤ — وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ في الهامش) .

فإن مسئولية الموكل تتحقق ، ويجب عليه تعويض الوكيل عما أصابه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة .

ويستوى فى ذلك أن تكون الوكالة غير مأجورة أو تكون مأجورة ، فإن نص المادة ٧١١ مدنى لا يميز بين الوكيل غير المأجور والوكيل المأجور . ومن ثم يكون الموكل مسئولاً عن تعويض الوكيل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذه للوكالة ، حتى لو كان مأجوراً[١] .

ويستوى فى ذلك أيضاً أن يكون الوكيل قد نجح فى مهمته أولم ينجح ، فإن المادة ٧١١ مدنى لم تشترط نجاح الوكيل فى مهمته حتى يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذ الوكالة . ورجوع الوكيل على الموكل بالتعويض كرجوعه عليه بالمصروفات ، لايشترط فى كليهما أن يكون الوكيل قد نجح فى مهمته ، وقد سبق بيان ذلك فى رجوع الوكيل بالمصروفات[٢] .

ويستوى فى ذلك أخيراً أن يكون الضرر الذى أصاب الوكيل قد ظهر فى أثناء تنفيذ الوكالة أو ظهر بعد أن تم تنفيذها . فمادام تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر ، فإن الموكل يكون ملتزماً بالتعويض[٣] .

٣٩٤ — مصدر التزام الموكل بالتعويض : والتزام الموكل بتعويض

---

(١) ترولون فقرة ٦٧٢ — جيوار فقرة ١٧٤ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ — انظر عكس ذلك وأنه يشترط أن تكون الوكالة غير مأجورة أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص ٢٣٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ — جيوار فقرة ١٧٤ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٢ .

(٣) نقض فرنسى ٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ — ١ — ٥١٨ — باريس ٢٦ يوليه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧ — ٢ — ٣٠٥ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٢٨٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٠ مكررة — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٨١ ص ٩٢٢ .

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى اشتراط عدم وجود من يلتزم بتعويض الضرر الذى أصاب الوكيل ، حتى يستطيع الوكيل أن يرجع بالتعويض على الموكل الذى لم يرتكب أى خطأ (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩١ ص ٢٣٧) . ونرى أن القانون لم يشترط إلا انتفاء خطأ الوكيل ، أما إذا وجد شخص يكون مسئولا عن الضرر الذى أصاب الوكيل ، فإن ذلك يجعل هذا الشخص هو والموكل معاً مسئولين بالتضامن نحو الوكيل . وإذا رجع الوكيل على الموكل بموجب المسئولية العقدية ، جاز أن يرجع الموكل بموجب المسئولية التقصيرية على هذا الشخص المسئول عن الضرر الذى أصاب الوكيل .

الوكيل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذ الوكالة مصدره عقد الوكالة بالذات ، شأن هذا الالتزام فى ذلك شأن الالتزام برد المصروفات فيما قدمناه[١] . ومن هنا أيضاً كانت الوكالة عقداً ملزماً للجانبين إذا كان هناك تعويض يلتزم الموكل بدفعه للوكيل[٢] .

وعلى الوكيل يقع عبء إثبات أن هناك ضرراً لحقه بسبب تنفيذ الوكالة ، كما يقع عليه عبء إثبات أن هذا الضرر لم يقع بخطأ منه وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك[٣] .

ولما كان التزام الموكل بتعويض الوكيل مصدره عقد الوكالة كما قدمنا ، فإن مسئولية الموكل عن التعويض تكون مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية . ويترتب على ذلك أمران : (الأمر الأول) أنه يجوز للموكل أن يشترط إعفاءه من هذه المسئولية ، ولو كانت المسئولية تقصيرية لما جاز له ذلك[٤] . (الأمر الثانى) أن التزام الموكل بالتعويض يسقط بخمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية[٥] ، وتسرى المدة من وقت وقوع الضرر أو من وقت التصديق على الحساب . ولو كانت المسئولية تقصيرية ، لسقط الالتزام بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة بحسب الأحوال .

المطلب الرابع

الضمانات التى تكفل التزامات الموكل

٢٩٥ — بيان هذه الضمانات : للوكيل ، فى الرجوع على الموكل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٠٨ — وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٠٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩١ فى الهامش وفقرة ٢٩٢ فى الهامش .

(٤) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٣ — محمد على عرفة ص ٤٠٣ — وكما يجوز أن يكون هذا الاشتراط صريحاً ، يجوز كذلك أن يكون ضمنياً . ويمكن أن يستخلص الاشتراط الضمنى من ظروف الوكالة ومن حالة الوكيل ، وبخاصة إذا كان الوكيل بأجر وكان الضرر الذى أصابه هو الضرر المألوف الذى يتعرض له بسبب مهنته .

(٥) باريس ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٢٨٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٢٤ مكررة .

بالتزاماته ، الضمانات التى يكفلها له القانون العام : فهو يرجع على أموال الموكل ، شأنه فى ذلك شأن سائر الدائنين . وله ، إذا حصل على حكم واجب التنفيذ ، أن يأخذ اختصاصا بعقارات الموكل (م ١٠٨٥ مدنى) ، كما أن له أن ينفذ على جميع أموال الموكل بالطرق التى قررها قانون المرافعات : ولم يقرر القانون امتيازاً خاصاً للوكيل على مال موكله أو على المال الذى يكون فى يده للموكل[١] . ولكن إذا كانت الوكالة تقتضى أن يصرف الوكيل مبالغ فى حفظ منقول للموكل أو فيما يلزم له من ترميم ، كان لهذه المبالغ ولأجر الوكيل حق امتياز على المنقول وفقاً لأحكام المادة ١١٤٠ مدنى[٢] .

وقد قدمنا أن للمحامى ، لكفالة أتعابه ، ضمانات خاصة ، هى حق اختصاصه بعقارات موكله فى حالات تجاوز القانون العام وحق الامتياز على ما آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل[٣] .

---

(١) أما بالنسبة إلى الوكيل بالعمولة ، فقد نصت المادة ٨٥ من التقنين التجارى على أن « للوكيل بالعمولة حق الامتياز على البضائع المرسلة أو المسلمة إليه أو المودعة عنده بمجرد الإرسال أو الإيداع أو التسليم ، وله أيضاً حق حبسها ، فيتقدم على غيره فى استيفاء المبالغ التى أقرضها أو دفعها ، سواء كان قبل إرسال البضائع أو استلامها أو فى أثناء وجودها فى حيازته . ولا يكون هذا الامتياز إلا بالشروط المقررة فى المادة ٧٧ . وتدخل فى ديون الوكيل الممتازة الفوائد والعمولة والمصاريف فضلا عن الأصل » . ونصت المادة ٨٦ على ما يأتى : « وللوكيل المذكور أيضاً حق الامتياز على الأوراق التجارية المخصصة لسداد شىء مادامت تحت يده ، وله أيضاً حق حبسها» . ونصت المادة ٨٧ على أن « امتياز الوكيل بالعمولة مقدم على جميع الامتيازات الأخر » . وانظر أيضاً المادتين ٨٨ – ٨٩ – من التقنين التجارى .

ولا يجوز للوكيل بالعمولة إجبار الموكل على أن يضع تحت تصرفه البضائع التى تعاقد معه على تصريفها لحسابه . وقد قضت محكمة النقض بأن عقد الوكالة بالعمولة ، وإن يكن عقداً تبادلياً ملزماً طرفيه معاً ، فإنه ، بحسب الأصل ، لا يلزم الموكل إلا بأن يدفع للوكيل العمولة ، أى الأجرة المتفق عليها ، مع ما يكون الوكيل قد صرفه فى سبيل الوكالة وفوائده من وقت صرفه . فلا وجه للوكيل فى مساءلة الموكل – فى غير حالة الشرط الصريح – إذا هو لم يضع تحت تصرف الوكيل البضائع التى تعاقد معه على تصريفها لحسابه (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٣ ص ٢٩٢) .

(٢) نقض فرنسى ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١٠ – ١ – ١٦١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٦٢ – جيوار فقرة ١٨٠ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٨٢ .

يبقى أن للوكيل ، محامياً كان أو غير محام ، ضمانين خاصين يكفلان التزامات الموكل نحوه ، هما الحبس والتضامن فى حالة تعدد الموكلين ، وهذان الضمانان هما اللذان نتولى الآن بحثهما .

٢٩٦ — الحبس : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذه المسألة ، فكانت المادة ٩٨٧ من المشروع تنص على ما يأتى : « للوكيل الحق فى حبس الأشياء التى يملكها الموكل وتكون فى يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته »[١] . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس »[٢] .

ولما كان التزام الوكيل برد ما فى يده للموكل مرتبطاً بالتزامات الموكل الناشئة عن عقد الوكالة ، فإن المادة ١/٢٤٦ مدنى تغنى عن النص المحذوف ، وهى تقرر القاعدة العامة فى الحبس إذ تقول : « لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » . فيجوز إذن للوكيل أن يحبس ما فى يده للموكل حتى يستوفى منه ماهو ملتزم به بموجب عقد الوكالة . وقد قدمنا أن الوكيل يلتزم بأن يرد كل ما كسبه لحساب الموكل وكل ما وقع فى يده من مال أو أوراق للموكل بسبب الوكالة . فيرد ما اشتراه لحساب الموكل من بضائع وأعيان وأوراق مالية ، وما قبضه لحساب الموكل من حقوق كدين أو ثمن أو أجرة ، وما فى يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة وتخص الموكل[٣] . ومن ثم يكون له أن يحبس كل هذه الأشياء والأموال حتى يستوفى حقوقه من الموكل ، من أجر ومصروفات وتعويض[٤] . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع

---

(١) وتنص المادة ٧٩٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يحق للوكيل أن يحبس عنده منقولات الموكل أو بضائعه التى سلمت أو أرسلت إليه ، حتى يستوفى ما حق له عليه وفاقاً لأحكام المادة ٧٩٣ » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٠ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٩ وفقرة ٢٧١ .

(٤) استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ — ١ — ٧٧ — ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ — ١ — ٤٠ — =

التمهيدى فى هذا الصدد : « وللوكيل ، ضماناً لاستيفاء حقوقه ، أن يحبس ما وقع فى يده من مال الموكل بحكم الوكالة ، كثمن ما وكل فى بيعه والحق الذى استوفاه للموكل من مدينيه . وهذا تطبيق ظاهر للمبدأ العام فى الحبس »[١].

بل إن للوكيل أن يستعمل حق الحبس حتى يسلمه الموكل المخالصة بإبراء ذمته بعد التصديق على الحساب ، فإن الموكل يلتزم بإعطاء هذه المخالصة للوكيل على ما قدمنا[٢] ، فإذا امتنع عن إعطائها له كان للوكيل أن يحبس ما فى يده[٣] .

وقد قدمنا أن الوكيل يلتزم برد سند التوكيل للموكل عند انتهاء الوكالة ، وأنه لا يجوز له أن يحبس هذا السند ولو كانت له حقوق فى ذمة الموكل لم يستوفها ، فنحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك[٤] .

وإذا فوض للوكيل أن يقوم بصفقات متفرقة لموكل واحد لا توجد رابطة بينها ، كما إذا وكل فى قبض حقوق أو كمبيالات مختلفة فى ذمة مدينين متعددين ، فإنه لا يستطيع أن يحبس فى صفقة ما وقع فى يده بسبب صفقة أخرى ، وتقوم كل صفقة عن أساس وكالة مستقلة[٥] . فإذا كانت الصفقات مرتبطة بعضها

= ٦ فبراير سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ – ١ – ٧٩ – ٢٥ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٦٠١ – جيوار فقرة ١٥٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٦٣ (ومع ذلك انظر فقرة ٧٦٧ حيث يذهبان إلى أن الأجر لا يرتبط بما للموكل فى يد الوكيل ، فلا يكون لهذا الأخير حق الحبس لاستيفاء الأجر) – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣١ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٢ ص ٨٧٢ – چوسران ٢ فقرة ١٤١٦ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض فرنسى ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠١ – ١ – ٢٦٥ – أميان ٤ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ – ٢ – ٣٧٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣١ – عكس ذلك بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٦٤ مكررة – محمد على عرفة ص ٤٠٤ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧١ – وكذلك قدمنا أن المحامى ليس له أن يحبس فى أتعابه المستندات والأوراق التى لموكله ، وإنما له أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التى تصلح سنداً له فى المطالبة ، وأن يحبس المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدى له الموكل مصروفات استخراج تلك المحررات ، وذلك كله طبقاً لأحكام المادة ٤١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ (انظر آنفاً فقرة ٢٧١ فى الهامش) .

(٥) نقض فرنسى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٢ – ١ – ٥٦ – بوردو ١٤ مايو =

بعض بحيث تقوم كلها على وكالة واحدة ويقدم عنها حساب واحد ، جاز للوكيل أن يعتبر الصفقات كلا لا يقبل التجزئة ، وأن يحبس فى صفقة ما وقع فى يده بسبب صفقة أخرى(١) .

وإذا رد الوكيل للموكل ما تحت يده ، انتهى حق الحبس . وقد قضى بأن الوكيل فى إدارة أرض زراعية، إذا رد الأرض للموكل مع المحصول ، انتهى حق حبسه للمحصول إذ هو تابع للأرض والتابع يسرى عليه حكم الأصل(٢) .

٢٩٧ — تضامن الموكلين المتعددين — نص قانونى : تنص المادة ٧١٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحداً فى عمل مشترك ، كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك »(٣) .

= سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ — ٢ — ٧٦ — بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٦٥ — محمد على عرفة ص ٤٠٤ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٢ ص ٢٤٠ .

(١) أنجيه ١٠ يوليه سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٥٣١ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٧ ص ٩٣٢ — محمد على عرفة ص ٤٠٤ — أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٢ ص ٢٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢١ — ص ٢٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم . ولما كان التضامن فى الالتزامات العقدية لا يثبت إلا بنص ، فإنه كان لا يقوم بين الموكلين المتعددين فى عهد التقنين المدنى القديم (مصر الوطنية ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨) . والعبرة بتاريخ الوكالة ، فإن عقدت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يكن هناك تضامن بين الموكلين المتعددين تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى القديم ، وإلا فإن أحكام التقنين المدنى الجديد هى التى تسرى ويقوم التضامن بين الموكلين المتعددين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (فلا تضامن بين الموكلين المتعددين) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٩٧ : إذا كانت الوكالة صادرة عن جملة أشخاص فى =

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا تعدد الموكلون فى تصرف واحد ، كانوا متضامنين فى التزاماتهم نحو الوكيل . والأصل أنه لا يقوم التضامن فى الالتزامات العقدية إلا بنص ، ولما كانت التزامات الموكل ناشئة عن العقد فإن التضامن كان لا يقوم بين الموكلين المتعددين لولا هذا النص الذى خرج فى هذه المسألة على القواعد المقررة فى التضامن[1] . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى هذاالصدد : « وإذا تعدد الموكلون فى العمل الواحد، كانوا متضامنين فى التزاماتهم قبل الوكيل دون حاجة إلى شرط خاص فى ذلك . وفى هذا استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التضامن فى المسئوليةالتعاقدية لايكون إلا بشرط خاص . وإذا أريد نفى التضامن ، وجب اشتراط ذلك[2] » .

وتضامن الموكلين فى التزاماتهم نحو الوكيل يقابل تضامن الوكلاء فى التزاماتهم نحو الموكل[3] . والنص سالف الذكر يقرر تضامن الموكلين فى التزاماتهم نحو الوكيل ، ولايقرر تضامن الموكلين فى حقوقهم التى تترتب فى ذمة الوكيل ، فلا تضامن بينهم فى هذه الحقوق ، وقد رأينا مثل ذلك فى عدم تضامن الوكلاء فى حقوقهم التى تترتب فى ذمة الموكل[4] . وإذا تعدد الموكلون

= قضية مشتركة بينهم ، فكل شخص منهم يكون مسئولا تجاه الوكيل على نسبة مصلحته فى القضية ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

(والتقنين اللبنانى صريح فى أن التضامن لا يقوم بين الموكلين إلا باتفاق خاص ، وكان يكفيه لتقرير هذا الحكم أن يسكت إذ لا يقوم التضامن فى الالتزامات العقدية إلا بنص . ويختلف التقنين اللبنانى فى هذا عن التقنين المصرى الذى يقرر بنص صريح تضامن الموكلين المتعددين) .

(١) ومع أنه كان لا يوجد فى التقنين المدنى القديم نص يقضى بتضامن الموكلين على ما بيناه ، فإن القضاء المختلط كان فى عهد هذا التقنين يقضى تحكمياً بالتضامن : استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ – ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٥ – ٢٥ ينايرسنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٦ – ٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ – وانظر فى تضامم (لا تضامن) الموكلين : استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٦ .

ولكن القضاء الوطنى كان يقضى على العكس من ذلك بعدم قيام التضامن بين الموكلين المتعددين : مصر الوطنية ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٢٥٨ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) – وانظر محمد على عرفة ص ٤٠٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ .

والوكلاء فى عمل واحد ، كان الموكلون وكذلك الوكلاء متضامنين فى التزاماتهم ، وغير متضامنين فى حقوقهم .

ويشترط النص سالف الذكر أن يكون هناك موكلون متعددون فى عمل مشترك ، فهناك إذن شرطان : (١) أن يكون هناك موكلون متعددون . فلابد من عقد وكالة ، ومن ثم لا يقوم التضامن فى النيابة القانونية ولا فى النيابة القضائية إذا تعدد الأصيل . فلا يقوم التضامن بين المحجورين المتعددين نحو الولى أو الوصى أو القيم[1] ، ولا يقوم التضامن بين الموضوعين تحت الحراسة المتعددين أو الدائنين المتعددين نحو الحارس القضائى أو مأمور التفليسة[2] « وإذا كان هناك عمل مشترك بين أشخاص متعددين ، وأقام بعضهم دون بعض وكيلا فى هذا العمل ، فإن من أقام الوكيل هم الذين يكونون متضامنين دون الذين لم يشتركوا فى إقامة الوكيل[3] . (٢) أن تكون الوكالة

(١) بون ١ فقرة ١١٢٩ – لوران ٢٨ فقرة ٤١ – جيوار فقرة ١٧٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٥٩ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٣٩ – چوسران ٢ فقرة ١٤١٥ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٧ سيريه ٣٧ – ١ – ٨٣٩ – بون ١ فقرة ١١٢٧ – لوران ٢٨ فقرة ٤٠ – جيوار فقرة ١٧٨ – هذا إلى أن مأمور التفليسة إنما هو وكيل عن جماعة الدائنين (masse) لا عن آحاد الدائنين (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٥٩ ص ٤٠٤) .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٦٠ – ويذهب رأى إلى أن التضامن لا يقوم إلا إذا اشترك جميع أصحاب المصلحة فى العمل المشترك فى إقامة الوكيل (جيوار فقرة ١٧٩) ، وظاهر أن هذا الرأى لا يتفق مع النص الصريح .

هذا والتضامن لا يكون إلا فى علاقة الموكلين بالوكيل ، أما فى علاقتهم بالغير الذى تعاقد معه الوكيل فلا يكونون متضامنين إلا إذا كان التضامن مشترطاً (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٦) .

وهناك رأى يذهب إلى أن الحكم (arbitre) كالوكيل ، فيكون من أقاموه حكماً متضامنين نحوه فى التزامهم بدفع الأجر (نقض فرنسى ١٧ نوفبر سنة ١٨٣٠ سيريه ٣١ – ١ – ٢٨ – لوران ٢٨ فقرة ٣٧ وما بعدها) . وكذلك الخبير (expert) يكون من عينوه أو وافقوا على تعيينه متضامنين نحوه فى التزامهم بدفع الأتعاب ، وكذلك يكونون متضامنين حتى لو كانت المحكمة هى التى عينت الخبير من تلقاء نفسها (رن ٢٥ يونيه سنة ١٨٤٤ داللوز ٤٥ – ٢ – ١٥٨ – جرينوبل ١٣ ديسمبر سنة ١٨٤٨ داللوز ٥٠ – ٢ – ١٩ – بوردو ٨ يوليه سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٦ – ٢ – ٢٧٠ – أميان ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٢٨١ – السين ٢١ ديسمبر سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٤ – ٥ – ٢٤٣ – جيوار فقرة ١٧٧) . أما لو طلب أحد الخصوم وحده تعيين خبير ، كان هو المسئول (بيزانسون ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٧ – ٢ – ١٠٣ – =

فى عمل مشترك(١) . فلو وكل عدة أشخاص محامياً فى قضية مشتركة بينهم ، كانوا متضامنين فى دفع الأجر للمحامى ورد المصروفات والقيام بالالتزامات الأخرى(٢). أما إذا كانت الوكالة فى أعمال مختلفة ، كل موكل قد وكل الوكيل فى عمل خاص به ، فإن الموكلين لا يكونون متضامنين ، لأن الأمر يتعلق بوكالات متعددة لا بوكالة واحدة ، وهذا حتى لو صدرت هذه الوكالات المتعددة فى عقد واحد . وعلى العكس من ذلك يكون الموكلون متضامنين مادامت الوكالة قد وقعت على عمل واحد مشترك بينهم جميعاً ، حتى لو صدرت الوكالة فى عقود متفرقة(٣) .

ويستوى بعد ذلك أن تكون الوكالة بغير أجر أو أن تكون بأجر(٤) ، كما يستوى أن يكون الوكيل قد نجح فى مهمته أو لم ينجح ، ففى جميع هذه الأحوال يكون الموكلون المتعددون متضامنين .

= الجزائر ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ المجلة الجزائرية ١٨٩٤ ص٢٩) – والصحيح أن كلا من الحكم والخبير ليس بوكيل ، فلا يسرى لمصلحتهما حكم التضامن (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٥٨ – بيدان ١٢ فقرة ٣٢٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ هامش ١٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٢٠) .

(١) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩٣٣ سيريه ٣٣ – ١ – ٣٠٢ – ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦–١–٩٣ – ترولون فقرة ٦٨٨– پون ١ فقرة ١١٢٤ – جيوار فقرة ١٧٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٦٠ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣١٦ – ويشترط أن يعرف الموكلون المتعددون بعضهم بعضا (نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ – ١ – ٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥ – جيوار فقرة ١٧٧ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٥٧ ص ٤٠٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٤ ص ٢٢٧ .

(٣) نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٣٤ سيريه ٣٤ – ١ – ٧١٣ – ٧ فبراير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ – ١ – ٩٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ – وانظر عكس ذلك وألا تضامن إذا صدرت الوكالة فى عقود متفرقة إذ يكون كل موكل قد انفرد بتوكيله فأصبح كل منهم أجنبياً عن الآخر : پون ١ فقرة ١١٢٥ – لوران ٢٨ فقرة ٣٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٦٠ – وانظر فى أن الموكلين بعقود متفرقة يكونون مسئولين بالتضامم (**in solidum**) لا بالتضامن : روديير فى التضامن فقرة ٢١٧ – جيوار فقرة ١٧٩ .

(٤) ترولون فقرة ٦٨٨ وما بعدها – پون ١ فقرة ١١٢٤ – جيوار فقرة ١٧٧ – بودرى وڤال فى الوكالة ٧٥٧ ص ٤٠١ .

ويكونون متضامنين نحو الوكيل في جميع التزاماتهم الناشئة من عقد الوكالة : الالتزام بدفع الأجر والالتزام برد المصروفات والالتزام بالتعويض عن الضرر[1] . ويستطيع الوكيل الرجوع على أي منهم بأي التزام من هذه الالتزامات كاملا، ولو كان قد تراخى في المطالبة حتى أعسر بعض الموكلين[2] .

وليس تضامن الموكلين على النحو سالف الذكر من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على استبعاد التضامن[3] ، ويصبح كل موكل مسئولا عن الالتزامات بالنسبة التي يتفق عليها ، فإن لم يتفق على نسبة معينة كان مسئولا بنسبة ما له من مصلحة . وتورد المادة ٧١٢ مدنى سالف الذكر هذا الحكم صراحة ، فهي بعد أن تقرر تضامن الموكلين المتعددين تقول : « ما لم يتفق على غير ذلك ».

الفرع الثانى

آثار الوكالة بالنسبة إلى الغير الذى تعاقد معه الوكيل

٢٩٨ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تطبق المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة في علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل »[4] .

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى القديم المواد ٥١٨/٦٣٤ و٥٢٣ — ٥٢٤/٦٤٢ — ٦٤٣[5] .

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٨٨٩ سيريه ٨٩ — ١ — ٤٣٣ — ٢٣ و٢٩ أكتوبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٨٩ — ١ — ٤٧٢ — بودرى وڤال في الوكالة فقرة ٧٦١ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣١٨ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٨) .

(٥) التقنين المدنى القديم م ٥١٨/٦٣٤ : لمن يعامل الوكيل الحق في أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل .

=

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م ٦٧٩ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٧١٣ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٤٢ — ٩٤٥ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٩٩ — ٨٠٠ و م ٨٠٢ — ٨٠٧[1] .

= م ٥٢٣ / ٦٤٢ : الوكيل الذى يعمل عملا على ذمة موكله بدون أن يخبر بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله .

م ٥٢٤ فقرة أولى / ٦٤٣ : أما إذا أخبر أن عمله للموكل وعلى ذمته ، فلا يترتب عليه إلزام غير إثبات التوكيل .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٧٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٤٢ : حقوق العقد تعود إلى العاقد ، فإذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وفى حدود الوكالة فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه .

م ٩٤٣ : إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلا ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل فله أن يرجع على أى من الموكل والوكيل ولأيهما أن يرجع عليه.

م ٩٤٤ : ١ – إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز فى تعاقده حدود الوكالة، أو عمل أحد دون توكيل أصلا ، فإن نفاذ العقد فى حق الموكل يبقى موقوفاً على إجازته . ٢ – ويجوز لهذا الغير أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد ، فإن لم تصدر الإجازة فى هذا الميعاد تحلل من العقد .

م ٩٤٥ : إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يجيز التعاقد ، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم بأن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٩٩ : إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه، كانت له الحقوق الناشئة عن العقد . ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدهم كما لو كان العمل يهمه وحده دون الموكل ، وإن يكن الذين عاقدهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة (العمولة) .

م ٨٠٠ – إن الوكيل الذى يعمل بصفته وكيلا ولا يتعدى حدود سلطته لا يترتب عليه موجب شخصى على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدهم . ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل .

=

ويشير النص سالف الذكر إلى أن مهمة الوكيل هي أن يقوم بتصرف قانونى ، فهو يتعاقد مع الغير لحساب الموكل . ويحيل إلى الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد فى أثر الوكالة بالنسبة إلى هذا الغير الذى يتعاقد معه الوكيل .

وبالرجوع إلى أحكام النيابة نجد أنه يجب التمييز بين فرضين . ذلك أن الوكيل ، إذا كان يتعاقد دائماً لحساب الموكل ، فإنه إما أن يعمل باسم الموكل وهذا هو الغالب ، ويكون الوكيل نائباً فى تعاقده عن موكله ، وتقترن الوكالة هنا بالنيابة . وإما أن يعمل باسمه الشخصى ،ويغلب أن يكون مسخراً أو اسما مستعاراً ، فلا يكون نائباً فى تعاقده لحساب موكله ، وتقوم الوكالة هنا دون أن تقوم النيابة .

فنبحث إذن الفرضين الآتين على التعاقب : (١) الوكيل يعمل باسم

= م ٨٠٢ : يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخلا حتما فى وكالته .

م ٨٠٣ : عند وجود وكالة خاصة يحق على الدوام لمن يعامل الوكيل بصفة كونه وكيلا أن يطلب منه إبراز صك الوكالة ، وأن يأخذ عند الحاجة نسخة رسمية عن هذا الصك على أن يدفع نفقتها .

م ٨٠٤ : إن الأعمال التى يقوم بها الوكيل باسم الموكل ، على وجه صحيح وضمن حدود سلطته ، يجرى مفعولها فيما ينفع الموكل ومايضره كما لو كان الموكل نفسه قد أجراها .

م ٨٠٥ : يلزم الموكل أن يفى مباشرة بالعهود التى قطعها الوكيل لحسابه ضمن حدود السلطة الممنوحة له فى الوكالة . أما الشروط التحفظية والاتفاقات السرية التى تعقد بين الموكل والوكيل ولا تستفاد من الوكالة نفسها ، فلا يمكن الاحتجاج بها على شخص ثالث ، إلا إذا قام البرهان على أن هذا الشخص علم بها وقت العقد .

م ٨٠٦ : لا يلزم الموكل بما يفعله الوكيل مما يخرج عن حيز سلطته أو يتجاوز حدها ، إلا فى الحالات الآتية : أولا — إذا وافق عليه ولو بوجه ضمنى . ثانيا — إذا استفاد منه . ثالثا — إذا عاقد الوكيل بشروط أجزل فائدة من الشروط المبينة فى التعليمات التى تلقاها . رابعا — إذا عاقد الوكيل بشروط أدعى إلى النفقة من الشروط التى عينت له فى التعليمات التى تلقاها ، وذلك فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان الفرق قليل الشأن . (٢) إذا كان منطبقاً على التسامح المعتاد فى التجارة أو فى المكان الذى أبرم فيه العقد .

م ٨٠٧ : إن الوكيل الذى يعمل بلا وكالة أو يتجاوز حدود وكالته يلزمه أن يؤدى بدل العطل والضرر للأشخاص الذين عاقدهم إذا كان العقد لا يمكن تنفيذه . ولا يلزم الوكيل بضمان ما إذا مكن معاقده من الاطلاع الكافى على سلطته ، ما لم يكن الوكيل قد أخذ على نفسه تنفيذ الموجب.

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

الموكل . (٢) الوكيل يعمل باسمه الشخصى ، ويغلب أن يكون اسما مستعاراً (prête - nom) .

المبحث الأول

الوكيل يعمل باسم الموكل

٢٩٩ — علاقة كل من الوكيل والموكل بالغير : فى الصورة المألوفة من الوكالة يعمل الوكيل باسم الموكل نائباً عنه فى التعاقد . وقد سبق أن بحثنا علاقة الوكيل بالموكل فى هذه الصورة ، وبينا أن عقد الوكالة ينشئ التزامات فى ذمة الوكيل وأخرى فى ذمة الموكل ، وبسطنا القول فى هذه الالتزامات جميعاً . وبقى أن نبحث علاقة الوكيل بالغير الذى يتعاقد معه ، ثم علاقة الموكل بهذا الغير .

٣٠٠ — تطبيق أحكام النيابة : وفى كلتا العلاقتين يجب تطبيق أحكام النيابة ، فإن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه كما قدمنا . وقد سبق أن عرفنا النيابة فى الجزء الأول من الوسيط بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، مع انصراف الأثر القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو[1] . والمصدر الذى يستمد منه النائب نيابته إما أن يكون القانون كما فى الولى ، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء ، وتكون النيابة نيابة قانونية[2] . وإما أن يكون القضاء كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى والسنديك ، فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء ، وتكون النيابة نيابة قضائية . وإما أن يكون الاتفاق كما فى الوكيل ، فإن عقد الوكالة النيابية هو الذى يستمد منه الوكيل نيابته عن الموكل ، وتكون النيابة نيابة اتفاقية[3] .

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٨٩ .

(٢) وتعتبر نيابة قانونية نيابة الفضولى عن رب العمل ، ونيابة الدائن عن المدين عندما يباشر الدائن الدعوى غير المباشرة باسم المدين .

(٣) وقد قدمنا أن الوكيل قد لا يعمل باسم الموكل وإن كان يعمل لحسابه ، وتكون الوكالة فى هذه الحالة وكالة غير نيابية ، إذ هى لا تمد الوكيل بصفة النيابة عن الموكل ، وإن كانت تلزمه =

= بالعمل لحساب الموكل ولكن باسمه الشخصى، فيكون مسخراً أو اسما مستعاراً . ومن ذلك نرى أن الوكالة غير النيابة ، فقد تقوم الوكالة دون أن تقوم النيابة كما هو الأمر فى الوكالة غير النيابية التى نحن بصددها ، وقد تقوم النيابة دون أن تقوم الوكالة كما فى نيابة الولى والوصى والقيم والفضولى والحارس القضائى .

أما فى خصوص الوكالة النيابية ، وهى التى تمد الوكيل بصفة النيابة عن الموكل فتجتمع فيها الوكالة والنيابة معاً ، فهناك اتجاه حديث فى الفقه ، وبخاصة فى الفقه الألمانى وفى الفقه الإيطالى، يذهب إلى التمييز بين الوكالة والنيابة . فالوكالة فى ذاتها من حيث هى عقد لا تمد الوكيل بصفة النيابة ، بل هى ترتب التزامات فى جانب الوكيل يقوم بها لحساب الموكل ، والتزامات أخرى فى جانب الموكل يقوم بها نحو الوكيل . فإذا أراد الموكل أن يجعل الوكيل نائباً عنه ، فيعمل الوكيل لا فحسب لحساب الموكل بل أيضاً باسم الموكل ، فإن النيابة فى هذه الحالة يكون مصدرها إرادة الموكل المنفردة لا عقد الوكالة ذاته . ومؤدى هذا الاتجاه أن الوكالة النيابية تشتمل على عنصرين : عنصر الوكالة ويتحقق باتفاق بين الموكل والوكيل وهذا هو عقد الوكالة ، وعنصر النيابة ويتحقق بإرادة الموكل المنفردة دون حاجة إلى قبول الوكيل . ويلخص الأستاذ جمال مرسى بدر هذا الاتجاه الحديث فى العبارات الآتية : «ونرى أنه يخلص من المذهب الحديث فى التفرقة بين الوكالة باعتبارها عقداً تترتب عليه التزامات متبادلة وبين الإنابة باعتبارها إرادة صادرة عن الأصيل مخولة النائب صفة النيابة ، تمييز واضح بين سلطة النائب فى القيام بعمل قانونى تعود آثاره مباشرة على الأصيل وبين واجب الوكيل بالقيام بالعمل القانونى لحساب موكله . فالنيابة فى جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل قانونى تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل ، بينما الوكالة من شأنها إلزام الوكيل بالقيام بتصرف معين لحساب الموكل ولو بغير طريق النيابة . . وإذا كانت الإنابة عملا صادراً عن إرادة الأصيل ورامياً إلى تخويل النائب القيام بتصرف تعود آثاره على الأصيل دون النائب ، فإن كيان الإنابة يتحقق بمجرد صدور تلك الإرادة عن الأصيل بدون أن يرتبط ذلك بأى عقد بينه وبين النائب سواء كان عقد وكالة أو غيره ، بل وبغير حاجة إلى قبول النائب للإنابة . والإنابة قد تصدر عن الأصيل موجهة إلى النائب ، أو موجهة إلى الغير . ففى الفرض الأول يكتفى الأصيل بإعطاء النائب صفة النيابة عنه بإرادة موجهة إليه ذاته تتمثل غالباً فى سند مكتوب يسلم إلى النائب ، وهو ما يطلق عليه فى الاصطلاح الدارج لفظ «التوكيل» . وفى الفرض الثانى يقوم الأصيل بإبلاغ تلك الإرادة المسبغة على النائب صفته إلى الغير ، وهذا الفرض الثانى يحتمل صورتين : الأولى أن يقوم الأصيل بإبلاغ الإنابة إلى الغير الذى سيتعاقد معه النائب بالذات ، والثانية أن يقوم الأصيل بإبلاغ الإنابة إلى الغير كافة بوسيلة من وسائل النشر . وقد أصطلح على تسمية الإنابة الموجهة إلى النائب نفسه بالإنابة الداخلية (procuration interne) ، وتسمية الإنابة الموجهة إلى الغير بالإنابة الخارجيـــة (procuration externe) » (جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ٩٢ – ص ٩٤ – دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع معهد القانون الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ١٣ – فقرة ١٤ ص ٢٨ – ص ٣١) . وانظر أيضاً سالى فى الترجمة الفرنسية الرسمية للتقنين المدنى الألمانى ١ ص ٢١١ فى التعليق على المادة ١١٦ من التقنين المدنى الألمانى .

وهذا التمييز ما بين النيابة والوكالة تظهر نتائجه العملية فى فروض ، منها نيابة موظف المحل التجارى عن صاحب المحل ونيابة الممثلين التجاريين والجوابين والطوافين ومندوبى التأمين عن =

وقد قدمنا ، عند الكلام في النيابة في الجزء الأول من الوسيط ، أن «الفكرة الجديدة التي اهتدى إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل »[1] . وقد تعددت النظريات القديمة والحديثة في هذه المسألة . فكان الرأي القديم يبني التصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل على إرادة الأصيل المفترضة (fictive) ، ثم قال سافيني بعد ذلك بأن التصرف يقوم على إرادة الأصيل الحقيقية لا المفترضة ، وأن النائب ليس إلا رسولا يبلغ إرادة الأصيل . أما النظريات الحديثة فتذهب إلى أن التصرف القانوني الذي يبرمه الوكيل يقوم على إرادته هو لا على إرادة الأصيل ، كما سبق القول . فإرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج ، أو أن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما يقول متيس (Mitteis) . والذي أخذ به التقنين المدني الجديد من هذه النظريات المختلفة هو أن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب يقوم على إرادة النائب وحدها ، لا على إرادة الأصيل المفترضة أو الحقيقية ولا على الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل[2] .

= شركاتهم ونيابة الزوج عن الزوجة أو الزوجة عن الزوج ، دون أن يكون هناك في هذه الفروض عقد وكالة . وقد قدمنا أن هذه الفروض يواجهها الفقه التقليدي بنظرية الوكالة الضمنية ، فهناك عقد وكالة ضمني تستمد منه النيابة . وتظهر نتائج عملية أخرى في مجاوزة الوكيل حدود الوكالة أو في العمل بعد انتهاء الوكالة ، فيرتبط الموكل بعمل الوكيل بالرغم من انعدام الوكالة لأن النيابة تقوم هنا مستقلة عن الوكالة . وهذه النتائج يواجهها الفقه التقليدي ، كما سنرى ، بنظرية الوكالة الظاهرة . ولعل أهم فرق تظهر فيه أهمية التمييز بين الوكالة والنيابة هو في أهلية الموكل والوكيل ، فإن الأهلية في الوكالة تختلف عن الأهلية في النيابة ، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك (انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ في آخرها في الهامش) ، وكذلك في إقرار الموكل لتصرفات الوكيل التي يجاوز بها حدود الوكالة (انظر ما يلي فقرة ٣٠٥ في الهامش) .

(١) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ .

(٢) انظر عرضاً شاملا للنظريات المختلفة في بيان طبيعة النيابة : جمال مرسى بدر في النيابة في التصرفات القانونية ص ٤٤ – ص ٧١ – وقد وضع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما مشروع قانون موحد في شأن النيابة نشر في سنة ١٩٥٥ ، وقد أخذ هذا المشروع (م١٢) بنظرية =

وكذلك تقضى أحكام النيابة بأن ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه النائب إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب . وقد اختلف فى تفسير ذلك أيضاً من الناحية الفقهية ، إذ كيف تكون الإرادة هى إرادة النائب ومع ذلك ينصرف أثرها لا إليه هو بل إلى الأصيل ؟ وقد تعددت الآراء فى تفسير ذلك . فذهب متيس فى ألمانيا وكوربسكو فى فرنسا وتارتوفارى فى إيطاليا إلى أن أثر النيابة الاتفاقية ينصرف إلى الموكل عن طريق اشتراك إرادته مع إرادة الوكيل ، أما فى النيابة القانونية فالقانون هو الذى يحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل ويصرف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل لا إلى النائب[1] . وذهب كلاريز

= الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل (انظر جمال مرسى بدر – دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص سنة ١٩٥٩ فقرة ٦) .

وقد بين الأستاذ جمال مرسى بدر فى وضوح أن التقنين المدنى الجديد أخذ بنظرية إرادة النائب لا بنظرية اشتراك إرادتى النائب والأصيل ، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من هذا التقنين تقول فى صراحة : « إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً » . وإذا كان التقنين المدنى فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يقول : « ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » ، فهو لا يقصد بهذه الفقرة الاعتداد بإرادة الأصيل . إذ لو أراد ذلك ، لا عتد بهذه الإرادة فى الصورة العكسية وهى جهل الأصيل بظروف يعلمها النائب ، مع أنه فى هذه الصورة العكسية يعتد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل . والغاية من هذه الفقرة الثانية إنما هى ، كما يقول الأستاذ جمال مرسى بدر ، « قطع السبيل على إساءة استعمال النيابة بحيث يمتنع على الأصيل سيء النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، ولولا الاستثناء الذى تضمنته هذه الفقرة لأمكن أن ينعقد بواسطة نائب حسن النية عقد ما كان يقع صحيحاً لو عقده الأصيل ، وهو تحايل لا يمكن أن يجيزه القانون » (جمال مرسى بدر – دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧ ص ١٥) .

ويشير الأستاذ جمال مرسى بدر إلى ما قاله الأستاذ پاكيونى فى نقد نظرية اشتراك الإرادتين من أن « الإرادة المنشئة للتصرف القانونى هى بمقتضى هذه النظرية إرادة صناعية ملفقة من أجزاء من إرادتين مختلفتين متميزتين هما إرادة النائب وإرادة الأصيل . ومثل هذه الإرادة المصطنعة المركبة على هذا الوجه لا يمكن أن تكون إرادة تعاقدية ، لأن الإرادة التى يبنى عليها القانون آثاراً قانونية إنما هى ذلك النشاط النفسى الموحد الصادر من الشخص بقصد إحداث أثر قانونى معين ، ولا كذلك تلك الإرادة الملفقة من أشتات إرادتى النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك الإرادتين » (جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ٦٢) .

(١) ويقصد بالنيابة القانونية هنا النيابة ، لا بالنسبة إلى المصدر الذى يضفى على النائب =

إلى أن إرادة النائب ــ وحدها أومشتركة مع إرادة الأصيل ــ هي التي تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذى يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهي إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية . وذهب جمال مرسى بدر إلى أن الغاية الاجتماعية من التصرف القانوني الذى يبرمه النائب هي التي تصرف أثر هذا التصرف إلى شخص الأصيل ، إذ « الإرادة في التصرف القانوني غير مقصورة لذاتها ، وإنما هي وسيلة لبلوغ الغرض الاجتماعي أو الاقتصادى المقصود من هذا التصرف . . (و) ليس من المحال عقلا ولا من الممتنع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلتها ، فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر . فتكون الغاية للأصيل والوسيلة إليها للنائب »(١) . وبعد استعراض هذه المناقشات

ـــــــــــــــــــ

= صفة النيابة ، بل بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها ، فتنتظم النيابة القانونية بهذا المعنى كلا من النيابة القضائية والنيابة القانونية بالمعنى الآخر (الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١) .

(١) جمال مرسى بدر – دراسات في النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ٤ ص ٨ – ص ٩ – وانظر أيضاً لنفس المؤلف النيابة في التصرفات القانونية ص ٧٢ – ص ٨١ .

ويعلل بيلون كيف تكون الإرادة إرادة النائب وينصرف مع ذلك أثرها إلى الأصيل ، بأن الالتزام لم يعد ، كما كان في القانون الروماني ، رابطة بين شخصين ، بل هو رابطة بين ذمتين ماليتين . وإذا صعب أن نتصور أن إرادة شخص تحل محل إرادة شخص آخر ، فإنه لا يصعب تصور أن إرادة شخص ينصرف أثرها إلى مال شخص آخر . ويؤخذ على هذا التعليل أنه يفصل ما بين الشخص وذمته المالية ، وأنه إذا صلح في النيابة على مجموع المال كما في الولاية والوصاية فإنه لا يصلح في تصرف معين حيث يقتصر أثر النيابة على شيء معين بالذات . وقد أورد الفقيهان ليؤ أولمان وبوبسكو رامنسيانو تعليلا آخر ، فقالا إن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانوني كالشرط والأجل ، فالتصرف القانوني البسيط تكون الإرادة فيه إرادة المتصرف وينصرف أثر الإرادة إليه ، أما في التصرف القانوني الموصوف بوصف النيابة فالإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها إلى الأصيل بتسليط من الأصيل نفسه أو من القانون . ويرد على هذا الرأى بأن الوصف أمر عارض يأتي بعد أن يستكمل التصرف القانوني كل مقوماته ، أما النيابة فهي تتصل بصميم التصرف القانوني إذ تعين طرف العقد الذى ينصرف إليه أثره ، وهذا ركن من أركان العقد وليس بأمر عارض . ويرى مادريه أن القانون هو الذى رتب الأثر على إرادة النائب وصرف هذا الأثر إلى الأصيل ، إلا أن القانون في ذلك لابد أن تحركه الإدارة ، والإرادة التي حركته هي الإرادة المشتركة للنائب والأصيل في النيابة الاتفاقية ، وإرادة النائب وحده في النيابة القانونية . وينقص هذا الرأى أن يعلل كيف ترتب الأثر على إرادة النائب ، ومع ذلك انصرف الأثر لا إلى النائب بل إلى الأصيل ، وهذا هو الجوهر في المسألة تركه الرأى الذى نحن بصدده على حاله غامضاً دون أن يفسره .

=

الفقهية ، نرى أنه لا غرابة فى أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، وهو مع ذلك يكسب الأصيل حقاً أو يرتب فى ذمته التزاماً . ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التى كانت تقضى بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها — وهذا ما كانت تقتضيه الشكلية وفكرة الرابطة الشخصية للالتزام فى القانون الرومانى — إلى نطاق قاعدة أوسع تقضى بأن الإرادة ، بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع باطراح الشكلية ونبذها ، تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص فينصرف أثرها إلى غير صاحبها ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير حيث ينصرف أثر إرادة المشترط إلى المنتفع ، وكما هو الأمر فى النيابة حيث ينصرف أثر إرادة النائب إلى الأصيل . وإذا انصرف فى النيابة أثر إرادة النائب إلى الأصيل ، فإنما يكون ذلك بتسليط من الأصيل فى النيابة الاتفاقية ، وبتسليط من القانون فى النيابة القانونية[1] .

ونخلص مما قدمناه أن هناك قاعدتين جوهريتين نستخلصهما من أحكام

= أما الرأى التقليدى الذى يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصيل ، فهو أقل تماسكاً من الآراء المتقدمة . إذ يفترض هذا الرأى أن الأصيل لا النائب هو الذى أبرم العقد مع الغير ، وأن إرادة النائب ليست إلا إرادة الأصيل . وإذا أمكن أن نتصور هذا فى حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامعة مانعة يسير بموجبها ولا يجوز أن ينحرف عنها ، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولا ، فإن هذا صعب التصور فى حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً فى أن يتصرف برأيه ، حيث يبدو فى وضوح أن الإرادة هى إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل . بل يتعذر تصور هذا فى حالة الفضولى وهو يتصرف دون إذن من الأصيل ودون علمه ، فالإرادة دون شك إرادة الفضولى والأثر ينصرف إلى الأصيل . ويتعذر تصور هذا بوجه خاص فى حالة الولاية والوصاية والقوامة ، حيث يستحيل القول إن الإرادة هى إرادة المحجور لا إرادة الولى إذ إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة ، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة . ويتعذر تصور هذا إطلاقاً فى حالة الحارس القضائى ، فهو يتصرف فى المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصيل ، ويتصرف غالبا بالرغم من إرادة الأصيل .

(١) والقول من الناحية الفنية ، باقتصار أثر التصرف على من اشترك فيه دون أن ينصرف الأثر إلى الغير ، إنما هو قول يجرى على قاعدة ضيقة ورثناها عن القانون الرومانى لأسباب ترجع إلى أساليب الصياغة الفنية فى هذا القانون . وقد زالت هذه الأسباب ، ومع ذلك بقينا محتفظين بالنتائج التى تترتب عليها . ولا شىء يمنع ، فى المنطق القانونى الحديث ، من أن يباشر شخص تصرفا وينصرف أثره إلى آخر ، إذا كانت هذه هى إرادة من باشر التصرف وإرادة من ينصرف أثر التصرف إليه .

النيابة : (١) يقوم التصرف الذى يبرمه النائب على إرادة النائب وحدهادون إرادة الأصيل . (٢) ولكن ينصرف أثر هذا التصرف إلى الأصيل دون النائب .

فنستعرض الآن علاقة الوكيل بالغير الذى يتعاقد معه ، ثم علاقة الموكل بهذا الغير ، لنطبق عليهما هاتين القاعدتين الجوهريتين .

§ ١ — علاقة الوكيل بالغير

٣٠١ — يقوم التصرف الذى يبرمه الوكيل على إرادته هو لا على إرادة الموكل: رأينا ، عند الكلام فى النيابة ، أن المادة ١٠٤ مدنى تنص على أنه « ١ — إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً . ٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ، ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » . وقد أحالت المادة ٧١٣ مدنى ، كما رأينا ، إلى المادة ١٠٤مدنى سالفة الذكر فيما أحالت إليه من المواد[1] .

فالتصرف الذى يعقده الوكيل مع الغير يقوم على إرادته هو ، لا على إرادة الموكل ، ويترتب على ذلك أن الوكيل يجب أن يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة ، فيجب أن يكون مميزاً وإن كان لايشترط أن يكون أهلاللتصرف الذى يعقده مع الغير لأن أثر هذا التصرف لاينصرف إليه ، وإنما ينصرف إلى الأصيل ، ومن ثم يجب أن يكون هذا الأخير هو الذى تتوافر فيه أهلية هذا التصرف ، وقد سبق بيان ذلك[2] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فى علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير تتفق أحكام الوكالة مع أحكام النيابة بوجه عام ، فالوكيل نائب عنالموكل فى تعاقده مع الغير . وينشأ العقد الذى يبرمه الوكيل لحساب الموكل وتترتب آثاره على الوجه المبين فى المواد ١٥٧ — ١٦٠ من المشروع . فيكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى صحة التعبير عن الإرادة ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب فى الإرادة أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أووجوب العلم بها (م ١٥٧ من المشروع) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٧ — فقرة ٢٢٨ .

ولايكفى أن يكون الوكيل مميزاً ، بل يجب أن تكون إرادته خالية من العيوب ، فلا تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه ، وإلا كان العقد الذى يبرمه مع الغير قابلا للإبطال . حتى لو كانت إرادة الموكل لم يشبها عيب من هذه العيوب ، فالعبرة كما قدمنا بإرادة الوكيل لا بإرادة الموكل .

وإذا كانت الوكالة فى شراء منزل مثلا عينه الموكل للوكيل ، وكان فى المنزل عيب خفى ، فالخفاء الذى يعتد به هو الخفاء على الوكيل لا على الموكل . فلوكان الوكيل يعلم بالعيب لم يجز الرجوع بضمان العيب الخفى على البائع ، حتى لو كان الموكل لا يعلم بالعيب ، لأن شخص الوكيل لا شخص الموكل هو محل الاعتبار عند النظر فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ مدنى فيما رأينا . وإذا كان الوكيل لا يعلم بالعيب ، جاز الرجوع بالضمان ، ولكن بشرط أن يكون الموكل هو أيضاً لا يعلم بالعيب . أما إذا كان الموكل يعلم بالعيب ، فلايجوز الرجوع بالضمان وإن كان العيب خفياً على الوكيل . ذلك أن الموكل هو الذى عين المنزل للوكيل ووكله فى شرائه وهو عالم بما ينطوى عليه من العيب ، فلا يجوز له التمسك بجهل الوكيل « لظروف كان يعلمها هو » كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مدنى سالفة الذكر . وليس الاعتداد بالعيب هنا اعتداداً بإرادة الموكل ، بل هو منع للتعسف ، فإن الموكل وقد عين المنزل الذى يريد شراءه ويعلم العيب الذى فيه يكون متعسفاً إذا هو أراد الرجوع بضمان العيب الخفى [1] .

٣٠٢ — ولكن لا ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه الوكيل إلى شخصه : رأينا أن أحكام النيابة تقضى بألا ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه

---

(١) انظر فى هذا المعنى جمال مرسى بدر — دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧ — وانظر آنفاً فقرة ٢٩٩ فى الهامش — وقارن الوسيط ١ فقرة ٨٦ .

كذلك إذا تعاقد الوكيل مع الغير وهو يعلم بتوقفه عن الدفع ، اعتد بهذا العلم حتى لو لم يكن الموكل عالماً بذلك (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص ٢٤٩ — نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ١ — ٥٥٩ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٥١٤ ص ٢٢٩ هامش ١ (٣)) .

الوكيل إلى شخصه ، بل ينصرف إلى شخص الموكل[1]. وتقول المادة ٨٠٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني فى هذا الصدد : « إن الوكيل الذى يعمل بصفته وكيلا ، ولايتعدى حدود سلطته ، لا يترتب عليه موجب شخصى على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدهم . ولايجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل »[2]. فلا يجوز إذن للغير الذى تعاقد مع الوكيل مطالبة هذا الأخير بالالتزامات التى نشأت عن هذا التعاقد . فإذا كانت الوكالة فى الشراء مثلا ، فإن البائع يرجع بالثمن على الموكل لا على الوكيل ، وذلك ما لم يكن تنفيذ الوكالة داخلا فى مهمة الوكيل ، فيجوز فى هذه الحالة أن يطالب البائع الوكيل بالثمن . وتقول المادة ٨٠٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا المعنى : « يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد ، حين يكون تنفيذه داخلا حتما فى وكالته »[3] . كذلك لا يجوز للوكيل أن يطالب الغير الذى تعاقد معه بالالتزامات التى ترتبت فى ذمة هذا الغير بموجب هذا التعاقد . فإذا كانت الوكالة فى البيع مثلا ، فإن الموكل لا الوكيل هو الذى يطالب المشترى بالثمن ، وذلك ما لم يكن الوكيل قد وكل أيضاً فى قبض الثمن[4] .

ولا يكون الوكيل مسئولا إذا كان التصرف الذى عقده مع الغير باسم الموكل باطلا أو قابلا للإبطال ، وذلك ما لم يثبت فى جانبه خطأ شخصى . فإذا وفى الغير مبالغ للوكيل ، وجاز إبطال هذا الوفاء بسبب إفلاس الموكل ، لم يكن الوكيل مسئولا[5] . ولا ترفع دعوى البطلان أو الإبطال على الوكيل وإنما ترفع على الموكل ، كما لا يرفع الوكيل دعوى البطلان أو الإبطال لمصلحة الموكل إلا إذا وكل فى ذلك توكيلا خاصاً .

---

(١) بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٠٠ – أو برى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩ – بيدان ١٢ فقرة ٣٢٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٤ – كولان وكابيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٣٤٥ – الوسيط ١ فقرة ٩٢ – فإذا وكل شخص مصرفا فى أن يفتح له اعتمادا فى مصرف آخر ، ونفذ المصرف الأول الوكالة ، فإنه لا يكون ملتزماً شخصياً ، بل الملتزم هو المصرف الآخر الذى فتح الاعتماد (السين ٧ يونيه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ – ٣٩٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٤) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٤١ .

(٥) باريس ٩ مايو سنة ١٨٩٩ جازيت دى تريبينو ١٣ يوليه سنة ١٨٩٩ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٠٠ .

وسنرى أنه إذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصى ، سواء كان مسخراً (اسما مستعاراً) أو اختار تنفيذ الوكالة على هذا الوجه ، انصرف أثر التعاقد إلى شخصه من حقوق والتزامات ، فيصبح هو الدائن للغير الذى تعاقد معه والمدين له[1] .

٣٠٣ — متى يكون الوكيل مسئولا قبل الغير : ولايكون الوكيل مسئولا قبل الغير[2] ، إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته . فإذا لم يرتكب خطأ لم يكن مسئولا ، حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ الوكالة . فإذا وكل شخص فى قبض شيك مزور وهو لا يعلم تزويره ، لم يكن مسئولا إذا قبضه ، ويرجع البنك على الموكل لا على الوكيل[3] . وإذا وكل شخص فى تحويل حق موكله ، لم يكن مسئولا عن إعسار المحال عليه ولو ضمن هذا الإعسار باسم موكله ، ويرجع المحال له فى هذه الحالة على الموكل لا على الوكيل[4] .

أما إذا ارتكب الوكيل خطأ ، فإنه يكون مسئولا قبل الغير[5] . فإذا

---

(١) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٣٤٨ — ٢٦ أبريل سنة١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ١٥٢ — ٣ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ —١ — ٥٠٧ — پون ١ فقرة ١٠٧٩ — لوران ٢٨ فقرة ٧٦ — جيوار فقرة ١٩٢ مكررة وفقرة ٢٠٧ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٠٠ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ .

وإذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وباسمه الشخصى ، انصرف أثر التعاقد إليه وإلى الموكل معاً (پون ١ فقرة ١٠٦٢ — جيوار فقرة ١٩٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٠١) .

(٢) والمقصود بالغير هنا الشخص الذى يتعاقد معه الوكيل . وهناك أغيار آخرون قد يرتكب الوكيل خطأ يجعله مسئولا قبلهم . من ذلك أن الوكيل فى إدارة مزرعة إذا اغتصب أرض الجار بصفته وكيلا ، جاز للجار أن يرجع عليه شخصياً بدعوى استرداد الحيازة (نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٥ داللوز ٩٠ — ١ — ١٥١ — بيدان ١٢ فقرة ٣٢٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٣١) .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٧ — ١ — ٥٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٢ — السين ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٣ **La Droit** ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٠٣ .

(٥) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ — ١٦ نوفبر سنة ١٩٠٥م ١٨ ص ١٥ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٩ — نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ١ — ١٥١ — ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ — ١—٣١٧ — ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٨٧ — ١٧ أبريل سنة ١٩٣١ سيريه ١٩٣١ — ١ — ٢٧٠ — ٣ مارس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧—١ — ١٦٥ — ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠ — =

دلس الوكيل على الغير فى تعاقده معه أو أكرهه على التعاقد ، جاز للغير أن يطلب إبطال العقد ، ويرفع دعوى الإبطال على الموكل لا على الوكيل كما سبق القول[١]، وجاز له أيضاً أن يرجع بالتعويض على الوكيل نفسه لما ارتكبه من تدليس أو إكراه[٢] . وإذا باع الوكيل عيناً لموكله ، وأخفى عن المشترى غشاً عيباً كان المشترى يستطيع تبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، كان الوكيل مسئولا ، وتتمثل مسئوليته فى هذه الحالة بجواز أن يرجع المشترى بضمان العيب الخفى على الموكل (م ٢/٤٤٧ مدنى) ، ويرجع هذا على الوكيل بالتعويض . وإذا ارتكب محام سباً أو قذفاً فى حق خصم موكله ، أو قدم ضده بلاغاً كاذباً بسوء نية وهو فى صدد تنفيذ الوكالة[٣] ، فإن المحامى يكون مسئولا نحو خصم موكله عن الخطأ الذى ارتكبه[٤] .

= ١ – ٦٤– ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ D.A. ١٩٤٢–١٢٦ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٠٠– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦) – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٥ –كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٧ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ – وسوء نية الوكيل يعتد به إذا تواطأ مع الغير فى تعاقده معه ، فيجوز لدائن الغير الطعن فى التصرف بالدعوى البولصية ، وكذلك إذا تعامل وكيل الدائن مع المفلس فى فترة الريبة ، فإنه يعتد بعلم الوكيل بتوقف المفلس عن الدفع (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧) .

(٢) وهذا لا يمنع الغير من الرجوع بالتعويض أيضاً على الموكل ، لأن هذا الأخير مسئول نحو الغير عن خطأ الوكيل كما سنرى (انظر ما يلى فقرة ٣٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٣ – نقض فرنسى ٩ فبراير سنة ١٩٤٩ جازيت دى باليه ١٩٤٩ – ١ – ١٨٣ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ .

(٤) ويبقى الوكيل مسئولا حتى لو ارتكب الخطأ بأمر الموكل (نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٣٣ سيريه ٣٣ – ١ – ٣٢١ –٥ نوفبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٨٠ – ١ – ٧٩ – ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ – ١ – ١٢٣ – ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٠ –١ – ٣١٩ – ١٨ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ – ١ – ٧٠ – لوران ٢٠ فقرة ٤٤٩ – جيوار فقرة ٢١٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٠٢) . فإذا وكل أحد البنوك فى طرح أسهم شركة للاكتتاب ، كان البنك مسئولا نحو المكتتبين عن البيانات الخاطئة التى قدمتها الشركة إذا كان عالماً بخطأها (نقض فرنسى ١٨ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٤ – ١ – ٧٠) . وإذا اشترك الوكيل فى الطرق الاحتيالية الصادرة من الموكل لدفع الغير إلى التعاقد مع الوكيل ، كان هذا مسئولا نحو الغير (نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤ – ١ – ٢٠٢) . ويكون الوكيل مسئولا عن صحة البيانات التى يقدمها للغير الذى يتعاقد معه (باريس ٦ فبراير سنة ١٨٩٩ جازيت دى تريبينو أول أبريل سنة ١٨٩٩) . وإذا كان التوكيل واقعاً على تصرف يعتبر جريمة ، كان الوكيل مسئولا جنائياً مع الموكل (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٠٢) .

وقد يرتكب الوكيل خطأ وهو ينفذ الوكالة ، فى إيقاع الغير الذى يتعاقد معه فى خطأ فى شأن حدود وكالته . والأصل أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته كما سنرى . فلا يكون الوكيل مسئولا إذا جاوز حدود الوكالة ، وكان الغير يعلم أو ينبغى أن يعلم بذلك(١) . ولكن يجوز أن يتعمد الوكيل إيهام الغير ، فيتعاقد معه مجاوزاً حدود وكالته(٢) أو بعد انتهاء هذه الوكالة ، فلا يسرى التعاقد فى حق الموكل ، ويكون الوكيل مسئولا قبل الغير ويرجع هذا عليه بالتعويض . كذلك يجوز أن يضمن الوكيل للغير أنه يعمل فى حدود التوكيل ، فيكون مسئولا قبله لو جاوز هذه الحدود(٣) . ويصح كذلك أن يضمن الوكيل للغير تنفيذ الموكل للالتزامات الناشئة من تعاقد الوكيل مع الغير ، فيكون الوكيل فى هذه الحالة مسئولا نحو الغير مسئولية الكفيل(٤) . ويجوز أيضاً أن يقتصر الوكيل على ضمان إقرار الموكل للتصرف فيما جاوز حدود الوكالة ، فإذا لم يصدر هذا الإقرار كان الوكيل مسئولا عن التعويض(٥) ، أما إذا صدر الإقرار ، فإن الوكيل تبرأ ذمته من الضمان ولا يكفل

---

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٥ – ١٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ – ٢٦ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٠٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ – وللقاضى أن يقدر المدى الذى ذهب إليه الوكيل فى ضمان حدود وكالته (نقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٨٧١ داللوز ٧٢ – ١ – ١٨٧ – ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦ – ١ – ٤٩٢ – ديچون ٢٥ مايو سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ – ٤٠٥) . وله أن يعتبر ، بحسب الظروف ، أن مجرد تعاقد شخص مع الغير بصفته وكيلا ، يجعله ضامناً لهذه الصفة لمن تعاقد معه (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٠٥ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦). وانظر فى تأسيس مسئولية الوكيل فى مجاوزته لحدود الوكالة على نظرية الخطأ عند تكوين العقد وفى تمييز التقنين المدنى الألمانى (م ١٧٩) بين علم النائب بالمجاوزة وبين جهله بذلك : جمال مرسى بدر – دراسات فى نظرية النيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٣١ – فقرة ٣٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧١ – ١٥ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦) – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٧ ص ٩٤٦ .

(٥) والأصل أن الوكيل يضمن لمن تعاقد معه إقرار الموكل لما جاوز فيه حدود الوكالة ، فإذا لم يقر الموكل ، كان على الوكيل أن يعوض الضرر الذى يحتمل أن يلحق الغير المتعامل معه بسبب عدم التزامه حدود التوكيل . بل وقد تلزمه هذه المسئولية حتى لو أخبر الغير بسعة وكالته ، =

الموكل فى تنفيذ التزاماته[1] . وعلى أى حال يجوز أن يستخلص من مجرد علم الغير بأن الوكيل يعمل دون نيابة ، إعفاء الوكيل من المسئولية إذا لم يقر الموكل التصرف[2] .

وسنرى فيما يلى أن الوكيل إذا ارتكب خطأ ، فإن الموكل قد يكون مسئولا عنه نحو الغير .

§ ٢ – علاقة الموكل بالغير

٣٠٤ – انصراف أثر التصرف الذى يبرمه الوكيل إلى شخص الموكل : تقدم أن نظرية النيابة تقضى بأن ينصرف أثر التصرف الذى يبرمه النائب إلى شخص الأصيل ، ولو أن الإرادة التى يقوم عليها التصرف هى إرادة النائب لا إرادة الأصيل ، وهذه الظاهرة هى أبرز الظواهر فى نظرية النيابة[3]. وقد أحالت المادة ٧١٣ مدنى ، التى تقدم ذكرها[4] ، إلى المادة ١٠٥ مدنى فى هذا الصدد ، وهذه المادة الأخيرة تنص على أنه « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ من هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل[5] .

= إذا كان من حق الغير أن يعتمد على أن الوكيل سيحصل على إقرار الموكل فيما قام به خارج حدود الوكالة (استئناف مصر ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٣ ص ٢٢) .

(١) ويكون هذا من الوكيل ، لا كفالة كما فى الفرض السابق ، بل تعهداً عن الغير (بيدان ١٢ فقرة ٣٢٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤٤) .

(٢) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٢ – وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « ولا يلزم الوكيل بضمان ما إذا مكن معاقده من الاطلاع الكافى على سلطته ، ما لم يكن الوكيل قد أخذ على نفسه تنفيذ الموجب » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش) . والوكيل هو الذى يثبت علم الغير ، وتقول المادة ٩٤٥ من التقنين المدنى العراقى فى هذا الصدد : « إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يجيز التعاقد ، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش) – وانظر أيضاً المادة ٩٩١ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فيما يلى فقرة ٣٠٥ فى أولها .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٥) وتنص المادة ٩٤٢ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « ... إذا تعاقد الوكيل =

فيجب إذن أن يعمل الوكيل فى حدود وكالته ، فلا يجاوز هذه الحدود، حتى ينصرف أثر التصرف الذى يعقده مع الغير إلى شخص الموكل . ومن ثم جاز للغير أن يطلب من الوكيل أن يثبت وكالته ويبين حدودها(١) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يخول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت المادة ٢/١٥٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه »(٢) . وقد حذفت هذه الفقرة « لأنها تتناول مسألة عملية تفصلية ،

= باسم الموكل وفى حدود الوكالة، فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه » . وتنص المادة ٨٠٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « الأعمال التى يقوم بها الوكيل باسم الموكل ، على وجه صحيح وضمن حدود سلطته يجرى مفعولها فيما ينفع الموكل ويضره كما لو كان الموكل نفسه قد أجراها » . وتنص المادة ١/٨٠٥ من نفس التقنين على أن « يلزم الموكل أن يفى مباشرة بالعهود التى قطعها الوكيل لحسابه ضمن السلطة الممنوحة له فى الوكالة » . (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش) .

(١) وينصرف أثر التصرف إلى الموكل حتى لو كانت الوكالة ثابتة فى توكيل آخر غير الذى كان فى ذهن الغير الذى تعاقد مع الوكيل (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٣٦ ص ١٧١ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١) .

(٢) وقد حذف هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ « لما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها ، لأن الشخص الذى يتعاقد مع نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحكمة فى معاملته ، فقد يكتفى بسند عرفى ، وقد يصر على طلب سند رسمى ، وقد يصرف النظر عن هذا وذاك ، فالمرجع فى هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ — ٩٧ — وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٦ هامش ١) .

وكانت المادة ٥١٨ / ٦٣٤ من التقنين المدنى القديم تنص على أنه « لمن يعامل الوكيل الحق فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش ، وانظر استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٩) . وتنص المادة ٨٠٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « عند وجود وكالة خاصة يحق على الدوام لمن يعامل الوكيل بصفته وكيلا أن يطلب منه إبراز صك الوكالة ، وأن يأخذ عند الحاجة صورة رسمية من هذا الصك » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش) .

وإذا وقع خلاف بين أصل التوكيل وصورته ، فالعبرة بالأصل ، ولا يكون الموكل مسئولا عما وقع فى الصورة من تحريف متعمد أو غير متعمد (لوران ٢٨ فقرة ٥٩ — جيوار فقرة ١٨٩ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٤) . فإذا وقع تحريف فى التوكيل عند نقله ببرقية مثلا أو بسبب تزوير من الوكيل أو من الغير ، لم يكن الموكل مسئولا عن هذا التحريف ، ويرجع الغير الذى تعامل على أساس هذا التوكيل المحرف مع الوكيل على من يكون التحريف منسوباً إليه (جيوار فقرة ١٨٩ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٤ وفقرة ٧٨٠ ص ٤١٥) .

فى القواعد العامة ما يغنى عن النص عليها »(١) .

فإذا لم يجاوز الوكيل حدود وكالته ، قامت العلاقة مباشرة ، فى التصرف الذى يعقده مع الغير ، بين هذا الغير والموكل ، ويختفى شخص الوكيل فيما بينهما طبقاً للقواعد المقررة فى النيابة . ويترتب على ذلك أن للموكل أن يرجع مباشرة على الغير الذى تعاقد معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة من هذا التعاقد فى ذمة الغير ، وكذلك للغير أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التى نشأت له من هذا التعاقد . فيكسب الموكل الحقوق التى تولدت له من العقد الذى أبرمه الوكيل مع الغير ، ويطالب الغير بها دون وساطة الوكيل . ويكسب الغير الحقوق التى تولدت له من هذا العقد ، ويرجع بها مباشرة على الموكل دون وساطة الوكيل كذلك(٢) .

وإذا صدرت ورقة مكتوبة من الوكيل فى حدود وكالته ، كانت هذه الورقة حجة على الموكل بتاريخها العرفى ، فتكون دليلا كتابياً كاملا ضد الموكل ، ويكون تاريخها العرفى غير الثابت حجة على الموكل(٣) . وإذا لم تصلح الورقة إلا لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فإنها تصلح كذلك أن تكون مبدأ ثبوت

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٤ – ص ٩٧ – وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٦ هامش ١ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٧١٣ مدنى ما يأتى : «كذلك ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل باسم الموكل ، سواء فى ذلك ما يولده من حقوق وما يترتب عليه من التزامات ، إلى الموكل مباشرة . ومن أجل ذلك أعطى للغير الذى يتعاقد مع الوكيل الحق فى مطالبته بأن يثبت وكالته ومدى هذه الوكالة . فإن كانت الوكالة ثابتة فى ورقة مكتوبة ، فللغير أن يحصل على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيع الوكيل ، فيستطيع الغير بذلك أن يرجع على الموكل مباشرة بمقتضى هذا التوكيل : م ١٥٨ من المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٦) .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٩٤ .

(٣) نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ – ١ – ٢٥٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٧٣ ص ٤١١ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧ – كولان وكابيتان دى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٦ ص ٨٧٣ – چوسران ٢ فقرة ١٤١٧ – محمد على عرفة ص ٤٠٨ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٦ ص ٣١٣ .

وتظهر الأهمية فى حجية التاريخ العرفى على الموكل بوجه خاص فيما إذا كان هذا التاريخ العرفى سابقاً على انتهاء الوكالة ، فينصرف أثر التصرف الذى تضمنته الورقة ذات التاريخ العرفى إلى شخص الموكل دون أن يستطيع التمسك بأن التاريخ العرفى ليس حجة عليه . ويستطيع أن يثبت =

بالكتابة بالنسبة إلى الموكل[1] . وإذا صدر إقرار من الوكيل فى حدود وكالته، كان هذا الإقرار حجة أيضاً على الموكل[2] . وإذا أبرم الوكيل فى حدود وكالته عقداً صورياً ، فإن ورقة الضد تكون حجة على الموكل[3] . وإذا صدر حكم على الوكيل بصفته هذه ، نفذ الحكم على الموكل[4] . والإعلانات التى توجه من الوكيل أو إليه فى حدود الوكالة ، تعتبر موجهة من الموكل أو إليه[5] . وإذا قطع الوكيل التقادم بعمل صادر منه ، اعتبر هذا العمل صادراً من الموكل[6] . وإذا وفى الوكيل دين الموكل نيابة عنه ، اعتبر الوفاء حاصلا من الموكل لا من الوكيل[7] .

= بجميع طرق الإثبات أن التاريخ العرفى للورقة لا يتفق مع الحقيقة، وأنه قدم لتكون الورقة سابقة على انتهاء الوكالة وذلك حتى يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل (جيوار فقرة ١٨٥ وفقرة ٢١٣ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٧٣ ص ٤١١) .

(١) نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٠ – ١ – ٣٨٥ – ٧ مارس سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ – ١ – ٢٩١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٧٣ ص٤١٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٣) – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ١٤٧ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٥ ص ٢٩١ – نقض فرنسى ٩ أبريل سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ –١–٣١٩–٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥– ١ – ٢٢٦ – ١٣ نوفبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٤٨٩ – ٢٤ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ – ١ – ١٤٣ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٧٢ مكررة – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧ .

(٣) پون ١ فقرة ١٠٦٣ – لوران ٢٨ فقرة ٥٣ – جيوار فقرة ١٨٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٧٣ ص ٤١٢ – كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١٣٦٦ ص ٨٧٣ – محمد على عرفة ص ٤٠٨ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٦ ص ٣١٣ .

(٤) جيوار فقرة ١٨٤ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٧٢ مكررة – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٢٩ –ويكون للحكم قوة الشيء المقتضى بالنسبة إلى الموكل (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٣)– ولا يجوز للموكل أن يعترض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠١ – نقض فرنسى ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٢٧٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص٩٤٧ .

(٥) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ (إعلان الشفعة للوكيل) – ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص١٦١– نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣١ ص ٢٣٧ (يكفى لصحة الإعلان أن يجيء اسم الوكيل مقروناً باسم الموكل) .

(٦) نقض فرنسى ١٨ مارس سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ – ١ – ١٥١ – ٣١ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ٢٤٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٧ .

(٧) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن ما يبرمه الوكيل فى حدود الوكالة يضاف إلى =

وتقف نيابة الوكيل عن الموكل عند حد الغش ، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق الموكل ، فإن التصرف الذى يعقده الوكيل مع الغير على هذا الوجه أو الإجراء الذى يتخذه لاينصرف أثره إلى الموكل[١] .

ويقع على الغير عبء إثبات أن الوكيل قد تصرف فى حدود الوكالة ، حتى يستطيع إلزام الموكل بهذا التصرف[٢] .

= الأصيل ، فإذا كان الثابت أن المورث إذ أبرم عقد البيع بالنسبة إلى حصة موكلته التزم فى هذا العقد بسداد الدين المضمون بحق الامتياز على تلك الحصة ، وكان التزامه هذا مندرجاً ضمن حدود وكالته بالبيع فإن قيامه بسداد هذا الدين يضاف إلى موكلته وتنصرف إليها آثاره . ومن ثم لا يكون فى حالة قبضه الثمن وسداده الدين الممتاز مديناً لموكلته بما قبض دائناً لها بما دفع ، وإنما يقتصر التزامه على أن يقدم لها حساب وكالته وأن يؤدى إليها ما تسفر عنه أعماله ، ولا يصح القول فى هذه الحالة بقيام مقاصة قانونية بين الثمن الذى قبضه الوكيل والدين الذى أداه عن موكلته (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٧ ص ١٥٤) .

(١) نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٣ ص ١٠٧٢ – استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ – نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٣٤٤ – ٢٩ يونيه سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٣ – ١ – ٣٣٠ – ٩ فبراير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ١٤٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٤٨ – وكذلك إذا استغل الوكيل الوكالة لمصلحته الشخصية على وجه ظاهر لا يخفى على الغير ، كما إذا كان وكيلا بالرهن فرهن أموال الموكل لدائنيه الشخصيين ، فإن التصرف لا ينصرف أثره إلى الموكل (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ وهامش ١٢) . ولكن الغير لا يلتزم باتخاذ الاحتياطات لمنع الوكيل من الإضرار بحقوق الموكل ، مادام لم يشترك معه فى الخطأ (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١) ، ولو اشترط فى التوكيل أن يعمل الوكيل ما فيه المصلحة للموكل (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٠) .

أما إذا تصرف الوكيل فى حدود الوكالة دون غش ، فإن تصرفه ينصرف أثره إلى الموكل حتى لو لحق هذا الأخير غبن من وراء هذا التصرف ، وأثر الغبن لا يظهر فى علاقة الموكل بالغير ، وإنما يظهر فى علاقة الموكل بالوكيل فيكون الوكيل مسئولا عن الغبن قبل الموكل عند تقديم الحساب عن وكالته . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر ، وإذن فمتى كان التوكيل يبيح إجراء الصلح والنزول عن الدعوى ، وكان الصلح الذى عقده الوكيل لم يجاوز حدود الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسماً للنزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الصلح ، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته ، أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون . ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى إلى اعتبار الوكيل مجاوزاً حدود وكالته ، وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله ، لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨ ص ٨٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٨ .

٣٠٥ — خروج الوكيل عن حدود الوكالة — مجاوزة هذه الحدود أو العمل دون وكالة أو بعد انتهائها : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نصوص فى هذا الصدد . فكانت المادة ٩٩٠ من هذا المشروع تنص على أنه : « ١ — إذا أبرم شخص عقداً باسم غيره دون توكيل ، أوكان وكيلا وجاوز حدود الوكالة ، فإن العقد لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا كان قد أقره . ٢ — ويجوز للطرف الثانى فى العقد أن يحدد لهذا الغير ميعاداً مناسباً لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد . ويجوز له أن يرجع فى العقد قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » . وكانت المادة ٩٩١ من المشروع تنص على ما يأتى : « أما إذا رفض الإقرار صراحة أوضمناً ، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أوكان ينبغى أن يكون عالماً بذلك »[١] . وقد حذف النصان فى لجنة المراجعة « اكتفاء بما تقدم من أحكام النيابة »[٢] . ولما كان النصان المحذوفان لا يخرجان فى أحكامهما عن القواعد العامة ، فليس يوجد ما يمنع من العمل بهذه الأحكام بالرغم من هذا الحذف .

والوكيل لا تكون له صفة النيابة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة ، أوعمل دون وكالة أصلا[٣] ، أو عمل بعد انتهاء

---

(١) ويقابل هذين النصين النصان الآتيان فى التقنين المدنى القديم : م ٥٢٤ فقرة ٢/٦٤٤ : ولا يكون (الوكيل) مسئولا أيضاً عن تجاوزه حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسعة وكالته — م ٦٤٨/٥٢٧ : على الموكل تنفيذ ما التزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل ، وعليه أن يبين فى ميعاد لائق ما فى عزمه من التصديق أوعدمه على ما فعله الوكيل خارجاً عن حدود التوكيل — وانظر أيضاً المادتين ٩٤٤ — ٩٤٥ من التقنين المدنى العراقى والمادتين ٨٠٦ — ٨٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٢٨٠ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٨ .

(٣) استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٨٩٩م ١١ ص ١١٦ — وسنرى عند الكلام فى نظرية الوكالة الظاهرة أن العمل دون وكالة يتضمن أيضاً أن يعمل الوكيل بوكالة باطلة أو بوكالة أبطلت لنقص الأهلية أو لعيب فى الرضاء — وإذا كانت الوكالة مزورة لم يكن من نسب صدورها منه ، أى من يوصف بصفة الموكل =

الوكالة . فنى جميع هذه الفروض لا يكون الوكيل فى تعاقده مع الغير نائباً عن الموكل ، ومن ثم لا ينصرف إلى هذا الأخير أثر هذا التعاقد .

على أن هناك حالة يجب استثناؤها مما تقدم ، وهى حالة خروج الوكيل عن حدود الوكالة « متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ماكان إلا ليوافق على هذا التصرف » (م ٧٠٣/٢ مدنى) . وقد تقدم أن أثر التصرف فى هذه الحالة ينصرف إلى الموكل على أساس نيابة قانونية تقوم على إرادة مفترضة من جانبه[1] .

وفيما عدا هذه الحالة يعمل الوكيل فى الفروض المتقدمة دون نيابة ، فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل كما سبق القول . ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالماً بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك ؛ فحتى لو كان الغير يعتقد بحسن نية أن الوكيل يعمل بموجب وكالة قائمة لم تقع مجاوزة فى حدودها ولم تنقض ، فإن هذا لا يغير من الحقيقة وهى أن الوكيل يعمل دون نيابة ، فلا ينصرف أثر التصرف إلى الموكل ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام الوكالة الظاهرة فيما سيجىء . هذا إلى أن الغير حسن النية كان يستطيع أن يعلم حقيقة مركز الوكيل لو أنه أراد التثبت من ذلك ، ومن حقه كما قدمنا أن يطالب الوكيل بما يثبت وكالته ومداها[2] .

= فى هذه الوكالة المزورة ، مسئولا قبل الغير ، إلا إذا أثبت الغير خطأ فى جانبه (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢١ – ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ – وقد تقدم أنه إذا استطاع الوكيل أن يتعاقد بشروط أفضل ، لم يعتبر ذلك مجاوزة لحدود الوكالة (انظر آنفاً فقرة ٢٤٨ – وانظر م ٧٨٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٢٤٧ فى الهامش و م ٨٠٦ من نفس التقنين آنفاً فقرة ٢٤٨ فى الهامش) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بقيت حالة ما إذا تعاقد شخص باسم غيره دون توكيل ، أو مجاوزاً حدود التوكيل (فى غير ما نصت عليه المادة ٢/٩٧٨ : من المشروع وتقابل م ٧٠٣/٢ مدنى) ، أو بعد أن انقضت الوكالة . فإذا تعاقد (ا) مع (ب) باسم (ج) ، دون توكيل أو مجاوزاً حدود التوكيل ، فإن (ا) لا يعتبر وكيلا عن (ج) ، سواء علم ب بانعدام الوكالة أو لم يعلم ، إذ كان يستطيع أن يعلم لو أنه طلب من (ا) إثبات وكالته كما تقضى بذلك المادة ١٥٨ (من المشروع) ، لذلك لا ينفذ العقد فى حق (ج) إلا إذا أقره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٦ – ص ٢٢٧) – وقد قضت محكمة النقض بأنه سواء أكان المستأجر حسن النية أم كان سيئها ، فإن تجاوز الوكيل حدود توكيله لا يجعل الموكل مسئولا عن عقد عقد خروجاً عن تلك الحدود . وعلى من يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى =

وإذا كان التصرف الذى عقده الوكيل دون نيابة لاينصرف أثره إلى الموكل، فإن هذا الأخير يكون مع ذلك بالخيار بين أن يقره أو ألاّ يقره .

فإذا اختار أن يقره ، فليس للإقرار شكل خاص ، ويصح أن يكون صراحة أو ضمناً(١) . ويستخلص الإقرار الضمنى من تنفيذ الموكل

= صفة من تعاقد معه وحدود تلك الصفة، فإذا قصر فعليه تقصيره . فإذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن ينفرد أيهم بأى عمل وإلا كان باطلا ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض ، فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩) . وانظر فى نفس المعنى استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص٤٠٤ — ٣١ يوليه سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٢٥ — استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٠ — ٥ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ص ٣٨٤ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ — ٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤) . وإذا جاوز الوكيل حدود الوكالة لم ينصرف أثر التصرف إلى الموكل كما قدمنا ، لكن إذا ورث الوكيل الموكل لم يجز له أن يتمسك بعدم انصراف أثر التصرف إذ لا يصح أن يحتج بخطأه (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٤) .

والغير هو الذى يقع عليه عبء إثبات أن الوكيل قد عمل فى حدود نيابته (انظر آنفاً فقرة ٣٠٤ فى آخرها — وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٧٩ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ هامش ١١) . ومجاوزة حدود التوكيل مسألة واقع لا رقابة فيها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩) .

(١) استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٦١ ص ٢٤٦ — وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان العمل الصادر من الموكل يعتبر إقراراً (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٨ ، نقض فرنسى ١٣ يونيه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ٢٣٢ — ٦ فبراير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٣٥٢ — ٢٣ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ١ — ١٥٢ — ٦ يناير سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ١٢٧ — ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ٢ — ٢ — ٨٢٩ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ سيريه ١٩٣١ — ١ — ٣١٢ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٥٢ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٤ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣١ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٦) .

ويجب لإقرار ما يباشره الوكيل خارجاً عن حدود الوكالة أن يكون المقر عالماً بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة ، وأنه قد أقره قاصداً إضافة أثره إلى نفسه (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠١ ص ٤٠١) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن خروج الوكيل عن حدود وكالته فى تعاقد سابق لا يلزم منه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل نافذاً فى حق الموكل ، مادام أن هذا التصرف كان صادراً من وكيل خارج حدود الوكالة ، إذ هو لا ينفذ فى حقه إلا بإجازة ذات التصرف (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) .

للالتزامات التي عقدها باسمه الوكيل[١] ، أو من تعهده بتنفيذها ، أو من أى عمل آخر يستفاد منه الإقرار كما إذا قدم الموكل كفيلا لضمان هذه الالتزامات تنفيذاً للشروط التي تعاقد عليها الوكيل ، أو عقد قرضاً يستعين به على تنفيذها[٢] ، أو حول الحقوق المعقودة باسمه إلى دائن آخر[٣] . وإذا أقر الموكل تصرف الوكيل ، لم يجز له الرجوع فى هذا الإقرار[٤] . ويكون

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٠٠ – نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧ – ١ – ٤٠٨ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ – ١ – ٨٢٩ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٥٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٥ ص ٤١٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ .

(٢) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨ .

(٣) وقد يستخلص الإقرار الضمنى من مجرد سكوت الموكل مدة كافية دون أن يعترض على التصرف المعقود باسمه (نقض فرنسى ٣ يونيه سنة ١٨٤٥ داللوز ٤٥ – ١ – ٣٢٤ – ٤ يونيه سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٤ – ١ – ٤٤١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٥ ص ٤١٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٨) . على أنه إذا دعا الغير الذى تعاقد معه الوكيل الموكل إلى إقرار التصرف وعين له مدة لذلك ، فسكت الموكل حتى انقضت المدة ، اعتبر سكوته رفضاً للتصرف كما سنرى ، لأن الموكل قد دعى لإقرار التصرف ، فسكوته عن الإقرار أولى أن يفسر بالرفض منه بالقبول . وإذا بنى الشريك على الأرض الشائعة ، وسكت شريكه ، ثم طالب بملكيته لحصة فى هذا البناء ، فإن هذه المطالبة تفيد أنه أقر فعل شريكه ضمناً ، ويكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبراً فى حكم الوكيل (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٩ ص ٦٩٠) .

وإذا أقر رب العمل عمل الفضولى تحول الفضولى وكيلا ، ولكن يقتصر تحوله إلى وكيل على الحدود التى حصر فيها الإقرار . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان صحيحاً أن قبض الدائن قيمة الشيك الذى تسلمه آخر من المدين يعد إقراراً منه لهذا الوفاء ، بحيث يصبح هذا الغير فى هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضولياً – على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية – إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذى أقره الدائن ، فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به فى ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفى به هو كل الباقى المستحق للدائن ، لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به ، بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقراً لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إقراره ذلك الوفاء . كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص عن الغير عملا من أعمال الفضولى ، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضول الذى يلزم به رب العمل ، وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة إلى رب العمل (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦١ ص ٤١٤) .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٩ .

للإقرار أثر رجعي ، فيعتبر التصرف نافذاً فى حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل لا من يوم الإقرار ، إذ أن الإقرار اللاحق يكون فى حكم التوكيل السابق[1] . فلو وكل شخص فى شراء منزل بمبلغ معين ، فاشتراه بمبلغ أكبر وسجل عقد البيع ، ثم باع صاحب المنزل المنزل مرة أخرى وسجل البيع الثانى بعد تسجيل البيع الأول ، وبعد تسجيل البيع الثانى أقر الموكل

---

(١) نقض فرنسى ٧ أبريل سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ – ١ – ٩٣ – ٢٥ مارس سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ – ١ – ٢ – ١٠٢ – ٤ مارس سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ – ١ – ٣١٣ – جيوار فقرة ١٩٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٩ (يستحق الوكيل الذى جاوز حدود الوكالة وأقر الموكل تصرفه فوائد المصروفات التى أنفقها من يوم الإتفاق) – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩) .

ويمكن القول إن الموكل بالإقرار الذى صدر منه قد أضفى على الوكيل صفة النيابة عنه بأثر رجعى فيما جاوز الوكيل فيه حدود الوكالة ، فتكون النيابة هنا نيابة اختيارية (volontaire) لا نيابة اتفاقية (conventionnelle) ، وهذا يقرب كثيراً مما يقول به الفقه الألمانى والفقه الإيطالى فيما قدمنا من التمييز بين الوكالة والنيابة (انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ فى الهامش) . غير أنه يلاحظ أن كل نيابة تقوم على أساس الوكالة ، فى هذين الفقهين ، تكون نيابة اختيارية مصدرها إرادة الموكل المنفردة ، فلا توجد إذن نيابة اتفاقية ، إذ الاتفاق إنما هو عقد الوكالة ذاته الذى يتميز عن النيابة ويستقل عنها .

وقد سبق لنا تكييف آخر غير ما قدمناه هنا فيما إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة ثم أقر الموكل تصرفه . فقلنا فى الجزء الأول من الوسيط (فقرة ٨٨ ص ١٩٨ هامش ٢) ما يأتى : « فلو كان النائب وكيلا وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلا بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة فى هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل – بناء على إرادته – نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هى معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل » . وبين النيابة القانونية التى قلنا بها هناك والنيابة الاختيارية التى نقول بها هنا ، نرى الآن أن الأصح هو القول بالنيابة الاختيارية ، إذ أن هذه النيابة قد قامت على إقرار الموكل أى على إرادته ، وهى إرادة حقيقية . فلا حاجة لنا إذن إلى الالتجاء للنيابة القانونية . وإنما نلتجئ للنيابة القانونية إذا أقمنا النيابة على إرادة مفترضة لا على إرادة حقيقية ، كما هو الأمر فى حالة ما إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة وكانت الظروف بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٢٤٩) .

وواضح أننا فى النيابة الاختيارية التى نقول بها هنا نقيم النيابة على إرادة الموكل ، أى على إقراره لما جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة . أما فى النيابة القانونية التى قلنا بها هناك ، فنقيم النيابة على إرادة الوكيل أولا ثم على إرادة الموكل ثم على القانون ، ونحن فى غنى عن كل ذلك إذا قلنا بالنيابة الاختيارية وأقمناها على إرادة الموكل وحدها .

عقد الشراء الذى عقده الوكيل ، كان لهذا الإقرار أثر رجعى من يوم صدور البيع الأول لا من يوم صدور الإقرار ، ومن ثم يتقدم البيع الأول على البيع الثانى[1] .

وإذا اختار الموكل ألا يقر التصرف ، لم ينصرف أثره إليه[2] ، وليس للغير أن يرجع عليه إلا بمقدار ما استفاد فى حدود قواعد الفضالة أوقواعد الإثراء بلا سبب[3] . وللغير أن يرجع على الوكيل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم انصراف أثر التصرف إلى الموكل ، وتقول المادة ٩٩١ من المشروع التمهيدى فيما رأينا فى هذا الصدد : « أما إذا رفض (الموكل) الإقرار صراحة أو ضمناً ، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أوكان ينبغى أن يكون عالماً بذلك »[4] ، وقد تقدم بيان هذه الأحكام[5] .

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٥٩ – محمد على عرفة ص ٤١٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٢١٩ ص ٣٠٦ (ويشير فى الهامش إلى إجازة العقد القابل للإبطال ، والإجازة غير الإقرار) – وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٩٠– ويجب التمسك بإقرار الموكل للتصرف أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٠ ص ٧٤٧) .

ويجب التمييز بين الإقرار (ratification) وله أثر رجعى كما قدمنا ، وبين موافقة الوكيل الآخر (approbation) على تصرف الوكيل الأول فيما إذا كان التصرف يجب أن يباشره الوكيلان معاً ، فهذه الموافقة لا يكون لها أثر رجعى ، ويعتبر التصرف قائماً من تاريخ موافقة الوكيل الآخر لا من تاريخ مباشرة الوكيل الأول له (نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٩ – ١ – ٤٢٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٣ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٧٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٩ ص ٩٤٩ – ويرجع بموجب الفضالة إذا توافرت شروطها ، وأهم هذه الشروط هو أن يكون التصرف متعلقاً بشأن عاجل للموكل ، وإلا فإنه يرجع بموجب الإثراء بلا سبب (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٠ وص ٢٣١ هامش ٦) .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه يجب حذف عبارة « أوكان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » ، لأن الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يستطيع دائماً العلم بانعدام الوكالة لو أنه طالب الوكيل بإثبات وكالته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٧) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٠٣ .

وقد وضعت الفقرة الثانية من المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى ، فيما رأينا ، طريقة عملية لإجبار الموكل على اتخاذ موقف من التصرف الذى عقد باسمه ، فأجازت للغير الذى تعاقد مع الوكيل أن يحدد ميعاداً مناسباً للموكل لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل الغير منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد(١) . وهذه الطريقة يمكن اتباعها دون حاجة للنص عليها ، لأنها تتفق مع القواعد العامة . ذلك أنه إذا دعى الموكل لإقرار الاتفاق فى ميعاد مناسب ، وانقضى هذا الميعاد دون أن يقره ، كان هذا معناه أنه يرفض الاتفاق ، فلا ينصرف أثره إليه ، فيتحلل منه الغير(٢) . على أن الغير يجوز له ابتداء التحلل من الاتفاق قبل أن يقره الموكل ، فادام هذا الإقرار لم يصدر فإن أثر الاتفاق لا ينصرف إلى الموكل ، ومن ثم يكون الاتفاق بمثابة إيجاب من الغير ، معروض على الموكل ، فللغير الرجوع فى هذا الإيجاب قبل أن يصدر القبول(٣) . ولكن إذا كان الغير يعلم بانعدام نيابة الوكيل وقت تعاقده معه ومع ذلك أقدم على التعاقد ، فإن هذا يفسر على أنه أراد أن يتقيد بإيجابه إلى أن يتخذ الموكل قراراً برفض الاتفاق(٤) ، فعند ذلك يتحلل منه الغير(٥) . ولا يبقى أمامه فى هذه الحالة إلا أن يحدد للموكل ميعاداً مناسباً إذا لم يقر

---

(١) ولا يسرى الميعاد إلا من وقت علم الموكل بالتصرف الصادر من الوكيل خارج حدود الوكالة (استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٥٢) .

(٢) ومع ذلك انظر فى أن سكوت الموكل مدة معقولة عن اتخاذ موقف بالنسبة إلى تصرف جاوز فيه الوكيل حدود الوكالة يعتبر إقراراً ضمنياً لهذا التصرف : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٢٩ — ٢٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٢ ص ٣٦٠ — ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٨ .

(٣) لوران ٢٧ فقرة ٤٣٤ — جيوار فقرة ١١٩٥ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٧٩٩ — محمد على عرفة ص ٤١٣ — ص ٤١٤ — وقارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٣ ص ٢٤٢ (ويبقى حق الغير فى الرجوع عن التعاقد على وقوعه فى غلط جوهرى) .

(٤) محمد على عرفة فقرة ٤١٤ .

(٥) وهذا ما تقوله العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى فيما رأينا ، فهى تنص على أنه يجوز للغير « أن يرجع فى العقد قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أوكان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه يجب حذف عبارة « أوكان ينبغى أن يكون عالماً بذلك » ، لأن الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يستطيع دائماً العلم بانعدام الوكالة لو أنه طالب الوكيل بإثبات وكالته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٧ — وانظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) .

هذا الأخير في أثنائه الاتفاق اعتبر عدم الإقرار رفضاً كما سبق القول ، فيتحلل الغير من الاتفاق على هذا الوجه[1] .

وقد حدد تقنين المرافعات نطاق التوكيل بالخصومة[2] ، فإذا خرج الوكيل عن هذا النطاق جاز للموكل التنصل من عمله ، وقد رسمت إجراءات خاصة لهذا التنصل[3] .

---

(١) ولا يعتبر الوكيل في البيع عن المالك ، إذا جاوز حدود الوكالة ، في مقام غير المالك الذي يصدر منه التصرف فيكون سبباً صحيحاً يستند إليه التقادم القصير ، بل يجب إعمال أحكام مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فلا يسري تصرف الوكيل أصلا إذا لم يقره المالك . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن السبب الصحيح هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحبا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، فإذا كان الثابت أن عقد البيع إنما صدر من وكيل عن المالك ، فإنه لا يتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح ، وإنما يتعين في هذا المجال إعمال ما تقضي به الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد وبآثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة ، ومن أنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق إلتزامات لا يضاف إلى الأصيل إلا إذا أجاز التصرف (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) .

(٢) انظر المادتين ٨١٠ - ٨١١ مرافعات آنفاً فقرة ٢٤٠ في آخرها في الهامش .

(٣) فنصت المادة ٨١٢ مرافعات على أنه « إذا كان التنصل من عمل متعلق بخصومة قائمة ، وجب أن يحصل بتقرير في قلم كتاب المحكمة القائمة أمامها الخصومة ، وأن يبين فيه موضوع التنصل وأسانيده وطلبات المتنصل ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨٧ . ويعلق المتنصل صورة من هذا التقرير إلى الوكيل وإلى باقي الخصوم في ظرف عشرة أيام من تاريخ التقرير ، مع تكليفهم الحضور أمام المحكمة المذكورة ، وإلا جاز الحكم بسقوط دعوى المتنصل » . والمادة ٨٧ المشار إليها تنص على أن « كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه ، إلا إذا نفاه أو تنصل منه أثناء نظر القضية في الجلسة » . ونصت المادة ٨١٣ مرافعات على أنه « لا تقبل دعوى التنصل من عمل متعلق بخصومة قائمة إذا رفعت بعد مضي ستة أشهر من تاريخ ذلك العمل » . ونصت المادة ٨١٤ مرافعات على أنه « إذا كان التنصل من عمل غير متعلق بخصومة قائمة ، رفعت دعوى التنصل بالطرق المعتادة إلى المحكمة التي بدائرتها موطن المدعى عليه » . ونصت المادة ٨١٥ مرافعات على أنه « لا تقبل دعوى التنصل من عمل بني عليه حكم أصبح غير قابل للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف إلا إذا رفعت في ظرف ثلاثين يوما من ذلك » . ونصت المادة ٨١٦ مرافعات على أن « يحكم في دعاوى التنصل على وجه السرعة » . ونصت المادة ٨١٧ مرافعات على أن « يترتب على الحكم بقبول التنصل إلغاء التصرف المتنصل منه ، وإلغاء جميع الإجراءات والأحكام المؤسسة عليه ، ويلزم الوكيل المدعى عليه بالتضمينات قبل المتنصل وقبل غيره من الخصوم عند الاقتضاء . وإذا حكم برفض التنصل أو بعدم قبوله ، ألزم المتنصل بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على خمسين جنيهاً وبالتضمينات » .

٣٠٦ — الوكالة الظاهرة — شروط قيامها : قدمنا أن الوكيل إذا عمل دون نيابة ، فإن أثر التصرف الذى يعقده مع الغير لا ينصرف إلى الموكل ، حتى لوكان هذا الغير حسن النية يعتقد أن الوكيل يعمل فى حدود نيابته . فلا يكفى إذن أن يكون الغير حسن النية حتى يستطيع أن يحتج على الموكل بالتصرف الذى عقده مع الوكيل . ولكن هناك أحوال يدعم فيها حسن نية الغير مظهر خارجى منسوب إلى الموكل ، ويكون من شأن هذا المظهر أن يدفع الغير إلى الوهم الذى وقع فيه . فعند ذلك يكون الغير هو الأولى بالرعاية من الموكل لأنه لم يرتكب خطأ ، أما الموكل فقد خلق مظهراً خارجياً أوقع الغير فى الوهم ، فيضفى القانون حمايته على الغير دون الموكل . وسبيله إلى ذلك أن يجعل أثر التصرف الذى عقده الغير مع الوكيل ينصرف إلى الموكل ، لا بموجب وكالة حقيقية فهى غير موجودة فى الواقع ، بل بموجب وكالة ظاهرة (mandat apparent) .

ونظرية الوكالة الظاهرة نظرية صاغها القضاء[1] — وتابعه فيها

---

(١) القضاء المصرى : استئناف مختلط ١٥ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ١٣ – ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٥ – ٧ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٢ – ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٩ – ٣١ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٣٩ – ٢٣ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص٤٧ – ١٦ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٨٢ – ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ – ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٥ – ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٣ – ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص ٢٥٦ – ٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٦ – ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٧٢ – استئناف وطنى ١٣ مايو سنة ١٨٩٣ القضاء ١ ص ١٠٢ – ١٧ نوفبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٤٩ – استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٣ ص ٧١٥ – ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٧ رقم ٣٢ مع تعليق الأستاذ جمال مرسى بدر – طنطا ١٣ مايو سنة ١٩١٣ الحقوق ٣٤ ص ١٤٥ – بنى سويف ٩ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٦ ص ٥٢١ – الإسكندرية استئنافى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٧ رقم ٥٠ ص ١٥٥ – الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم٥١٤ ص ١١٢٥ .

القضاء الفرنسى : نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٨٧٥سيريه ٧٥ – ١ – ٣٦٨ – ١١ أبريل سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٩ – ١ – ١٦٤ – ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ – ١ – ٨٠ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٤٦٤ – ٢٣ نوفبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٦ – ١ – ٦٦ – ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٢٩٧ – ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه =

الفقه[١] – ليواجه بها الضرورات العملية ، وليوطد استقرار التعامل ، ولو خرج فى ذلك على المنطق القانونى . ولها مع ذلك سند تشريعى فى بعض تطبيقاتها الهامة كما سيجىء[٢] .

ونبين الآن شروط قيام الوكالة الظاهرة ، والأثر الذى يترتب عليها ، والأساس القانونى الذى تقوم عليه .

ويجب توافر شروط ثلاثة لقيام الوكالة الظاهرة :

(**الشرط الأول**) أن يعمل الوكيل باسم الموكل ولكن دون نيابة : ويكون ذلك إما بأن يجاوز الوكيل حدود الوكالة المرسومة له ، وإما بأن يستمر فى العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة ، وإما بأن يعمل كوكيل دون وكالة أصلا ، أو بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها .

ويجاوز الوكيل حدود الوكالة ، أكثر ما يكون ، إذا زود بوكالة غامضة العبارة ، أو بوكالة واسعة المدى فى ظاهرها ولكنها مقيدة فى حقيقتها بقيود لا يستطيع معرفتها الغير الذى يتعامل مع الوكيل ، أو كانت هناك – كما يقول تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٨٠٥/٢) – هذه « الشروط التحفظية

= ١٩٢٠ – ١ – ٢٧٢ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت دى پاليه ١٩٢٧ – ١ – ٣١١ – ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ – ٦٨ – ٢٩ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ١٨١ – ٤ مايو سنة ١٩٣٦ الأسبوع القضائى ١٩٣٦ – ٧٧٧ – ١١ مايو سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٦ – ١ – ٢٢٣ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٩ – ١ – ٣٣٠ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ J.C.P. ١٩٤٢ – ٢ – ١٨١٤ – باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ – ٢٧٩ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٥ – ١ – ٤٧٣ – بوردو ١١ يناير سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ – ٢ – ٧٨ – مونپلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ جازيت دى پاليه ١٩٤٩ – ٢ – ٧٦ .

(١) جيوار فقرة ١٨٦ وما بعدها – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٠ وما بعدها وفقرة ٨٦٨ وما بعدها – بيدان ١٢ فقرة ٣١٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٣ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ – دى پاچ ٥ فقرة ٤٤٨ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٦ – چيرو فى المظهر كمصدر للمسئولية رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ – ليوتيه (Léauté) فى الوكالة الظاهرة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٧ ص ٢٨٨ .

عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٥٣ – ص ٢٢٤ – جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٣٩ ص ١٥٣ – دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٢٠ – فقرة ٢١ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٠٨ فى الهامش .

والاتفاقات السرية التى تعقد بين الموكل والوكيل ولا تستفاد من الوكالة نفسها[١] . فيجاوز الوكيل حدود الوكالة متوسعاً فى تفسير العبارة الغامضة ، أو غير ملتزم للقيود التى تحدد مدى الوكالة[٢] ، أو غير مراع للشروط التحفظية والاتفاقات السرية التى عقدها مع الموكل[٣] . ونفرض ، فى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، أننا لسنا أمام الحالة الاستثنائية التى يستحيل فيها على الوكيل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ فى الهامش .

(٢) من ذلك أن يكون نظام الشركة قد قيد على غير المألوف من سلطات مدير الشركة ، فيخرج المدير على هذه القيود فى تعامله مع الغير ، ويعتقد الغير بحسن نية أن المدير يعمل فى حدود نظام الشركة . ومن ذلك أيضاً أن يكون التوكيل مطلق العبارة فى ظاهره ولكنه فى حقيقته مقيد بتصرف معين ، وقد قضى فى هذا المعنى بأنه متى تصرف الوكيل مع الغير فى حدود الوكالة الصادرة إليه ، نفذ تصرفه فى حق الموكل ، وإن كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل ، وذلك لأن عبارات التوكيل إذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فمن حق الغير أن يطمئن إلى ذلك التوكيل وأن يتعامل على أساسه (الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص ١١٢٥) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاقات الشفوية الحاصلة بين الموكل والوكيل فى شأن تأجير عقار والمقيدة لسلطة هذا الأخير ، لا يحتج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر ومقدار الأجرة ومدة الإيجار (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦١) .

وتتيسر للوكيل أيضاً مجاوزة حدود الوكالة إذا كانت الظروف – كما يقول الأستاذ عبد الباسط جميعى – « بحيث تقضى على الغير الذى يتعامل مع الوكيل بأن يتلطف ، فلا يذهب فى تحرى نطاق الوكالة إلى أكثر من الاطلاع السريع – أو الخاطف – على سندها . بل وقد تقتضى منه تلك الظروف أحياناً ألا يتطلب من الوكيل إبراز سند وكالته مطلقاً ، وأن يقتصر فى إثبات الوكالة أو فى بيان نطاقها أو فى الاثنين معاً على نظام الوكالة وعلى الشهرة العامة وعلى ما يجرى به مألوف العادات فى مثل تلك الحالة . وأبرز صورة لذلك صورة الوكالة الدائمة أو المستمرة . . كما فى حالة الممثلين التجاريين والوكلاء بالعمولة والطوافين والجوابين ، وكما فى حالة مديرى الشركات ومديرى الدوائر ومن إليهم ، فإن الحكمة فى معاملة هؤلاء تقتضى عدم مطالبتهم أصلا بإبراز سند نيابتهم ، بل إن الامتناع عن تلك المطالبة قد يكون من مستلزمات التجارة ، وهو ما استقر بالفعل عرفا فى المعاملات مع أمثال هؤلاء الوكلاء » (نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٩٨ – ص ١٩٩) .

ويلحق بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة سوء استخدام الوكيل للوكالة ، أى استغلالها تحقيقاً لأغراض شخصية . فنى الحالتين يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة ، ولكن أثر تصرفه ينصرف مع ذلك إلى الموكل إذا توافرت باقى شروط الوكالة الظاهرة (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٩٦ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٩ – عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٨١ – ١٨٥) .

إخطار الموكل سلفاً وتكون الظروف بحيث يغلب معها الظن بأن الموكل ماكان إلا ليوافق على مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة (م٢/٧٠٣ مدنى) ، فإن هذه الحالة كما سبق القول لا تدخل فى حالات الوكالة الظاهرة[١] . ولسنا أمام الحالة التى يقر فيها الموكل مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، فإن هذا الإقرار اللاحق يكون كما قدمنا فى حكم التوكيل السابق[٢]. ولسنا أخيراً أمام الحالة التى يكون فيها الوكيل المجاوز لحدود الوكالة فضولياً ، فإن أثر تصرفه فى هذه الحالة ينصرف إلى الموكل بموجب قواعد الفضالة لا بموجب قواعد الوكالة الظاهرة[٣]. وإنما الحالة التى نحن بصددها هى حالة جاوز فيها الوكيل حدود الوكالة ، ولم يكن فى ظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ماكان إلا ليوافق على هذه المجاوزة ، ولم يقر الموكل المجاوزة ، ولايمكن أن تدخل المجاوزة فى أعمال الفضولى ، ومن ثم نكون أمام حالة وكالة ظاهرة إذا توافرت بقية الشروط[٤] .

ويعمل الوكيل بعد انتهاء الوكالة ، إذا استمر يعمل وكيلا باسم الموكل بعد أن انتهت مهمته التى وكل فيها ، أوبعد أن مات الموكل أوفقد أهليته أو أفلس فانتهت الوكالة بذلك ، أوبعد أن عزله الوكيل أوتنحى هو عن الوكالة ، أو بعد أن انتهت الوكالة بأى سبب آخر من أسباب انتهائها[٥] . وهذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعاً ، وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته[٦] وبعد عزله أوبعد موت الموكل ، فإنه من السهل فى هذه الفروض

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٣٠٦ .

(٤) عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٩٠ — ص ١٩٢ .

(٥) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠١ ص ٩٥٢ .

(٦) ومن التطبيقات الشائعة أن يقترض الوكيل بالاقتراض مبلغاً من شخص ، فتنتهى وكالته بذلك ، ثم يعود إلى اقتراض مبلغ آخر بنفس التوكيل من شخص آخر ، ويكون المقرض الثانى حسن النية لا يعلم بالقرض الأول . فى هذا الفرض يكون الموكل ملتزماً بالقرض الأول بناء على وكالة حقيقية ، وبالقرض الثانى بناء على وكالة ظاهرة (باريس ٣ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ٢ — ٢٦٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٠ هامش ٢ — وانظر پوتييه فقرة ٨٩) .

أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لاتزال باقية ، فقد يبقى سند التوكيل بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه ، كما يقع كثيراً أن يخفى على الغير أمر عزل الوكيل أو أمر موت الموكل . ومن ثم اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ مدنى ، كما ورد فى المشروع التمهيدى فى خصوصها نص آخر هو المادة ٩٩٥ من هذا المشروع وقد حذف فى لجنة المراجعة . وسنعود فيما يلى إلى هذين النصين .

ويعمل الوكيل دون وكالة أصلا ، إذا تقدم شخص مثلا بمخالصة من الدائن لقبض الدين ، ويكون قد استولى على هذه المخالصة خلسة ، فيقبض الدين دون أن تكون عنده وكالة أصلا ، ومع ذلك يعتبر قبضه صحيحاً مبرئاً لذمة المدين كما تقضى المادة ٣٣٢ مدنى إذ تقول : « ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن»[1] . ومثل ذلك أيضاً أن يتقدم شخص ببوليصة شحن موقعة من المرسل فيتسلم البضاعة ، ويكون قد استولى على بوليصة الشحن بطريق غير مشروع ، أو يتقدم شخص باعتباره محصل شركة التأمين للعميل بإيصال مطبوع موقع عليه من الشركة فيقبض الأقساط المستحقة ، ويكون قد اختلس هذا الإيصال المطبوع . وقد يسىء من أعطى توكيلا على بياض استعمال التوكيل فيملأ البياض بأمر غير متفق عليه مع الموكل ، فيكون وكيلا ظاهراً فى هذا الأمر دون أن تكون عنده وكالة أصلا[2] . وإذا استأجر شخص متجراً لاستغلاله فى مقابل أجرة معينة يتقاضاها منه صاحب المتجر ، وبقى المستأجر يستعمل أوراق المتجر التى تحمل اسم صاحبه ، فإن التصرفات التى يعقدها المستأجر تلزم صاحب المتجر ، إذ يعتبر المستأجر وكيلا ظاهراً عنه وإن لم تكن عنده وكالة عنه أصلا[3] .

وفى حكم انعدام الوكالة أن يعمل الوكيل بوكالة باطلة . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى شراء منزل لإدارته للمقامرة أو للعهارة ، وكان الوكيل

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٢ .

(٣) انظر فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٠٨ – ص ٢١٠ .

يعلم ذلك ، فإن الوكالة تكون باطلة لعدم مشروعيته السبب . ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة الباطلة ، وكان البائع لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب غير المشروع ، فإنه يستطيع أن يلزم الموكل بالبيع. وكالوكالة الباطلة الوكالة القابلة للإبطال . فإذا أعطى القاصر توكيلا لشخص، أو كان الموكل فى إعطائه التوكيل واقعاً فى غلط جوهرى أو كان مدلساً عليه أو مكرها ، وعمل الوكيل بموجب هذه الوكالة ، وكان المتعامل معه يجهل أن الوكالة قابلة للإبطال ، فإن أثر تصرف الوكيل ينصرف إلى الموكل ، حتى لو حصل هذا على حكم بإبطال الوكالة[1] .

وعبء إثبات هذا الشرط الأول ، وهو أن الوكيل يعمل باسم الموكل دون نيابة ، يقع على الموكل . إذ المفروض أن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه فى التصرف الذى يبرمه ، فإذا أراد الموكل أن يتنصل من هذا التصرف ، فعليه أن يثبت انعدام نيابة الوكيل[2] .

(**الشرط الثانى**) أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب : ويجب بداهة أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية ، إذ لو كان يعلم بانعدام نيابة الوكيل وأقدم مع ذلك على التعاقد معه ، كان عليه أن يتحمل تبعة ذلك ، وليس له أن يحتج على الموكل بالتصرف الذى عقده مع الوكيل . وقد يكون إقدامه على التعاقد آتيا من أنه حصل على تعهد من الوكيل بجعل الموكل يقر التصرف ، وفى هذا الفرض أيضاً لا يلتزم الموكل بالتصرف إذا لم يقره ، وإنما يرجع الغير على الوكيل بالتعويض . ولما كان المفروض أن الغير يتثبت من نيابة الوكيل قبل أن يتعاقد معه ، وله فى سبيل ذلك الاطلاع على سند وكالته[3] ، فافتراض أنه علم بانعدام نيابة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٧ (ويجب أن يكون الموكل أهلا وقت إبرام التصرف) وفقرة ٢٢٨ وفقرة ٢٣١ .

(٢) انظر فى حالات الإنابة الظاهرة فى تقنين الالتزامات السويسرى ، وفى القانون الإنجليزى حيث يطلق على النيابة المبنية على الوكالة الظاهرة عبارة "agency by estoppel" ، وفى مشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى : جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٤٣ – ص ١٤٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

الوكيل قبل التعاقد معه افتراض معقول ، ويترتب عليه أن الغير لا الموكل هو الذى يحمل عبء الإثبات . ويجب عليه أن يثبت حسن نيته ، وأنه عندما تعاقد مع الوكيل كان يجهل انعدام نيابته ، وذلك بالرغم من أنه كان يستطيع التثبت من ذلك قبل التعاقد[1] . ويغلب أن يستعين الغير فى إثبات حسن نيته بإثبات المظهر الخارجى المنسوب إلى الموكل ، وهو المظهر الذى أوهم الغير أن الوكيل نائب ، وسنرى أن هذا هو الشرط الثالث فى قيام الوكالة الظاهرة وأنه شرط يقع على الغير عبء إثباته . فإذا ما أثبت الغير هذا المظهر الخارجى ، وأثبت فى الوقت ذاته أنه غير مقصر فى الانسياق وراء هذا المظهر ، بل اتخذ من الاحتياطات ما يتخذه الشخص المعتاد فى الظروف التى تم فيها التعاقد مع الوكيل ليتثبت من أن هذا المظهر يطابق الواقع ، فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته .

وإذا كان واجباً أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية ، فليس واجبا أن يكون الوكيل نفسه حسن النية . فقد يكون سيئ النية ، يعلم أنه يجاوز حدود وكالته أو أن وكالته قد انقضت أو ليست موجودة أصلا أو هى باطلة أو قابلة للإبطال ، ومع ذلك ينصرف أثر التصرف الذى عقده مع الغير إلى الموكل ، مادام هذا الغير حسن النية وتوافرت باقى شروط الوكالة الظاهرة[2] . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً يؤكد هذا المعنى ، فكانت المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أنه : « ١ – تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل ، حتى لو كانت قد انتهت ، مادام لا يعلم بانتهائها . ٢ – ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسنى النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهائها[3] » . وهذا

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٩ – وقارن عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٦٠ وص ٢٢٣ .

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٨ .

(٣) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب لحذفه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٣ – ص ٢٣٤ فى الهامش) ، ويغلب أن يكون ذلك راجعاً إلى الاكتفا بالقواعد العامة .

وكان للنص المحذوف مقابل فى التقنين المدنى القديم ، إذ كانت المادة ٥٣٠ / ٦٥١ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « موت الموكل أو عزل الوكيل لا يجوز الاحتجاج به على الغير إذا لم يكن عالما به » . وهذا النص صريح فى تطبيق نظرية الوكالة الظاهرة .

=

النص يعرض لفرضين مستقلين أحدهما عن الآخر ، وإن كان كلاهما يتعلق بانتهاء الوكالة . ففي الفقرة الأولى ، وهي خاصة بعلاقة الموكل بالوكيل ، يعرض لما إذا كان الوكيل لايعلم بانتهاء وكالته ، كأن عزل ولايعلم بالعزل أو مات الموكل ولايعلم بموته ، فإن وكالته تبقى قائمة ، بحيث لو تعاقد مع الغير حسن النية فانصرف أثر التعاقد إلى الموكل لم يجز لهذا الأخير أن يرجع عليه بالتعويض . أما إذا تعاقد وهو حسن النية مع شخص يعلم بانتهاء الوكالة ، فإن أثر التصرف لاينصرف إلى الموكل لسوء نية الغير فقد كان يعلم بانتهاء الوكالة ، ومن ثم لايكون هناك محل لرجوع الموكل على الوكيل بالتعويض ، لا فحسب لأن هذا الأخير حسن النية ، بل أيضاً لأن التصرف الذى عقده لم ينصرف أثره إلى الموكل . وتعرض الفقرة الثانية من المادة ٩٩٥ من المشروع التمهيدى ، وهي خاصة بعلاقة الموكل بالغير ، لما إذا كان الغير الذى تعاقد مع الوكيل حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة . ففي هذا الفرض ينصرف أثر التصرف للموكل ، سواء كان الوكيل حسن النية أوسيئ النية ، لأن النص عام لم يفرق ، ويعتبر هذا تطبيقاً بارزاً من تطبيقات الوكالة الظاهرة . ومن هنا نرى أن أن حسن نية الوكيل لايشترط ، كما اشترط حسن نية الغير الذى يتعامل مع الوكيل ، لقيام الوكالة الظاهرة[1].

= وتنص المادة ٩٤٨ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : « لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذى تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها » .

وتنص المادة ٨١٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « إن العزل عن الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً فى حق شخص ثالث حسن النية إذا عاقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله . على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله » .

(١) ويؤكد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٩٩٥ المشار إليها ، إذ جاء ما يأتى : « على أنه مهما كان السبب فى انتهاء الوكالة ، فادام الوكيل لا يعلم بانتهائها فهى قائمة حتى يعلم ، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك ، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته . . كذلك لو علم الوكيل بانتهاء الوكالة ولكن الغير لم يعلم ، فإن الغير يستطيع أن يتمسك بالوكالة كما لو كانت لم تنقض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٥) . كذلك جاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد المادة ٧١٣ مدنى نفس هذا المعنى فيما يأتى : « وتتغير المسألة لو أن (ا) تعاقد مع (ب) باسم (ج) ، وكان معه توكيل عنه لم يجاوز حدوده ، ولكن التعاقد كان بعد انقضاء التوكيل ، ولم يكن (ب) يعلم بانقضائه . ذلك لأن (ب) فى هذه الحالة لم يكن يستطيع العلم بانعدام الوكالة كما كان يستطيعه فى الحالة الأولى . فهو معذور إذا تعاقد مع (ا) باعتباره وكيلا ، ويرتبط (ج) بهذا العقد كما لو كانت الوكالة لم تنقض ، ويرجع (ج) على (ا) بالتعويض إذا كان يعلم بانقضاء الوكالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٨) .

وتحيل المادة ٧١٣ مدنى المتقدم ذكرها[١] فى هذا الصدد إلى المادة ١٠٧ مدنى . وتنص هذه المادة الأخيرة على أنه « إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » . ويوهم هذا النص أنه يشترط لقيام الوكالة الظاهرة ، وإضافة أثر العقد الذى يبرمه الوكيل بعد انتهاء الوكالة إلى الموكل ، أن يكون كل من الوكيل والغير الذى تعاقد معه حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة ، أى أنه يشترط لقيام الوكالة الظاهرة ، لافحسب حسن نية الغير الذى تعاقد مع الوكيل ، بل أيضاً حسن نية الوكيل . والصحيح أن النص لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة ، بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء نيابته ، فيقرر أن أثر تصرفه ينصرف إلى الأصيل ، ولكنه يشرط لذلك أن يكون الغير الذى تعاقد معه حسن النية ، إذ لو كان الغير سيء النية لما شفع فى سوء نيته حسن نية النائب . ويظهر هذا المعنى فى وضوح إذا رجعنا للمشروع التمهيدى لنص المادة ١٠٧ مدنى ، فهو يقول : « مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابتـه ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لاتزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذى تعاقد معه النائب يجهل أيضاً أن النيابة قد انقضت » . فعدلت لجنة مجلس الشيوخ هذا النص ، فأصبح على الوجه الذى نراه فى المادة ١٠٧ مدنى ، وصار بذلك غامضاً يوقع فى الوهم الذى أشرنا إليه ، وإن كانت لجنة مجلس الشيوخ قد ذكرت أنها عدلت النص « حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم »[٢] . فالنص ، على الوجه الذى عدل به فى مجلس الشيوخ ، يشترط حسن نية كل من الوكيل والغير الذى تعاقد معه ، فيكون فيه تزيد إذ الصحيح أنه لا يشترط إلا حسن نية الغير الذى تعاقد الوكيل معه[٣] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ – ص ١٠٤ – وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٨ ص ١٩٧ وهامش ١ .

(٣) انظر فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٧١ – ١٧٨ (ويورد حججاً مفصلة للقول بأن المادة ١٠٧ مدنى إنما تنصرف إلى علاقة الوكيل بالموكل ولا تعرض لحالة الوكالة الظاهرة) . وقارن جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية = .

(الشرط الثالث) أن يقوم مظهر خارجي للوكالة منسوب إلى الموكل : ولايكفى حسن نية الغير الذى يتعامل مع الوكيل كما قدمنا ، بل يجب أن يقوم حسن النية هذا على أساس مظهر خارجي للوكالة صادر من الموكل ويكون من شأنه أن يجعل الغير معذورا فى اعتقاده أن هنالك وكالة قائمة . وهذا الشرط الثالث هو الذى يميز الوكالة الظاهرة ، ويحدد الأساس القانونى الذى تقوم عليه . فى حالة مجاوزة الوكيل حدود الوكالة ، يشفع للغير فى حسن نيته أن تكون الوكالة فعلا غامضة العبارة تحتمل التفسير الذى ذهب إليه الوكيل فجاوز به حدود الوكالة ، أو أن تكون هناك تحفظات أو اتفاقات سرية لا يعلم بها الغير[1] ، أو أن يكون مدير الشركة الذى جاوز حدود اختصاصه إنما باشر فى الواقع عملا يدخل فى المألوف من اختصاصات مديرى الشركات، فلم يجد الغير الذى تعامل معه ما يدعو إلى مزيد من التحرى والتثبت[2] .

= ص ١٤٦ — ص ١٤٧ . وانظر عكس ذلك وأنه يشترط إلى جانب حسن نية الغير حسن نية الوكيل محمد على عرفة ص ٤١٩ .

وتنص المادة ٨١٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « إن الأعمال التى يجريها الوكيل باسم الموكل قبل أن يعلم بوفاته أو بأحد الأسباب التى أدت إلى انتهاء الوكالة تعد صحيحة ، بشرط أن يكون الشخص الثالث الذى تعاقد معه جاهلا أيضاً هذا السبب » .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأن مندوب شركة التأمين يلزم الشركة بتصرفاته المتعلقة بالأعمال التى فوض فيها ، ولا يجوز الاحتجاج على الغير بأى تغيير فى وكالته عن الشركة لم يصل إلى علم هذا الغير (استئناف مختلط ٢٣ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٧) وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦١ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ — ٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٤٣م ٥٥ ص ٧٢ — ٩ نوفبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٥ — نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ — ١ — ٣٦٨ — ٢١ مارس سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٢٩٧ — ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ٢٧٢ — الجزائر ٧ يونيه سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١ — ٢ — ١٨١ — ١٢ مارس سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٤٥ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٧٨١ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التصرف الذى يجريه الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة لا يلزم الموكل ، ويستثنى من ذلك أن يكون الموكل قد أعطى للوكيل سلطات ظاهرة من شأنها أن تضلل الغير حسن النية . فإذا أصدرت شركة أجنبية منشورا تعلن فيه أنها اعتمدت وكيلا عنها مدير فرعها فى الإسكندرية ، ونقلت فى المنشور نموذجاً من توقيعه ، دون أن تشير إلى القيود التى حددت بها سلطات هذا الوكيل الدائم ، كان للغير الذى يتعامل مع هذا الوكيل الحق =

وفى حالة انتهاء الوكالة يكون سبب انتهائها أمراً يخفى على الناس فخفى على الغير الذى تعامل مع الوكيل ، ولم يتخذ الموكل الاحتياطات الكافية ، لإعلان انتهاء الوكالة . مثل ذلك أن تنتهى الوكالة بعزل الوكيل ولا يعلن الموكل عن عزله إعلاناً كافياً ليحذر الناس من التعامل معه ، أو أن تنتهى الوكالة بموت الموكل ولا تنشر الورثة خبر موته ، أو أن تنتهى الوكالة بانتهاء المهمة التى فوض فيها الوكيل ولا يسترد منه الموكل سند التوكيل[1] . وفى حالة انعدام الوكالة أصلا يجب أن يكون هناك مظهر خارجى لها ، كالتوكيل الذى يعطيه الموكل على بياض للوكيل فيملأ هذا الأخير البياض بما يخالف المتفق عليه مع الموكل ، والمخالصة الصادرة من الدائن فتقع فى يد من يتقدم لقبض الدين بموجبها ، ومثل المخالصة بوليصة الشحن أو الإيصال المطبوع الذى يتقدم به الوكيل الظاهر

= فى الاعتماد على أن يكون للوكيل السلطات المألوفة لممثلى الشركات ، وليس عليه أن يتحرى بأكثر من ذلك عن مدى هذه السلطات (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٥) . وفى قضية جاوز فيها الوكيل العام لشركة أجنبية سلطاته قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة هى سلطات واسعة من شأنها وبطبيعتها أن تجعل الغير ممن يعتقدون بحسن نية بدخول هذه الأعمال نطاق وكالته ، فإن من حقهم أن يعولوا على هذه المظاهر دون أن يكلفوا بالتحقق أولا من مدى سلطاته التوكيلية ، وعلى وجه خاص يحق لهؤلاء الغير أن يدفعوا بنفاذ مثل هذا التصرف فى حق الموكل (استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ التشريع والقضاء ٧ رقم ٣٢ ص ١٠٥ مع تعليق الأستاذ جمال مرسى بدر) .

وانظر نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ – ٦٨ – پواتييه ٩ مايو سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ – ٢ – ١٠٩ – بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٧٨٠ ص ٤١٥ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ .

(١) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٨٦ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد احتفاظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ما يأتى : « فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالما وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلا بهذه الواقعة . وقد لوحظ فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ – ص ١٠٣) .

ويلاحظ أن استرداد سند التوكيل قد لا يكون مجدياً فى بعض الحالات ، فلا يمنع من قيام الوكالة الظاهرة . مثل ذلك أن يكون الغير قد اطلع على سند التوكيل وأخذ فى معاملة مستمرة مع الوكيل على أساسه ، أو أن تكون الظروف بحيث لا تقضى على الغير بمطالبة الوكيل بإبراز سند التوكيل كلما تعاقد معه كما فى حالة مدير بنك أو شركة (عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٦١ – ص ١٦٢) .

لتسلم البضاعة(١). أو لتحصيل الفواتير والأقساط المستحقة . وفى حالة الوكالة الباطلة أو القابلة للإبطال، يكون سند التوكيل مظهراً خارجياً لها، إذ لا يستطيع الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن يتبين من الاطلاع على هذا السند أسباب البطلان أو القابلية للإبطال(٢) .

ويتبين مما تقدم أن المظهر الخارجى الذى ضلل الغير هو مظهر منسوب إلى الموكل ، بتقصير منه أو دون تقصير مادام هو الذى تسبب فيه . ويقع على الغير الذى تعاقد مع الوكيل عبء إثبات وجود هذا المظهر المضلل(٣)، وأنه مظهر من شأنه أن يجعله مطمئناً إلى قيام الوكالة . فيجب إذن أن يكون هذا هذا المظهر متناسباً مع قيمة التصرف الذى عقده الغير مع الوكيل . فإذا كانت قيمة التصرف كبيرة ، كان هذا مدعاة إلى مزيد من التحوط ، واتخاذ ما يتخذه الشخص المعتاد فى هذه الظروف من الوسائل للتثبت من قيام الوكالة . فإذا كان الغير لم يفعل كان مقصراً ، وكان المظهر الذى اعتمد عليه غير كاف لقيام الوكالة الظاهرة(٤) . أما إذا كان المظهر الخارجى كافياً لتضليل الغير ،

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ٢٣٩ (تقدم إلى شركة السكك الحديدية ابن المرسل إليه ومعه كتاب من والده زور فيه توقيعه يوكله فى تسلم البضاعة : انظر تعليق ديموج على هذا الحكم منتقدا إياه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ ص ٦٥٧ ، وانظر فى انتقاد الحكم أيضاً جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص١٤٢ – ص١٤٣) .

(٢) وتنص المادة ٤ من المشروع الموحد للمعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص بروما ، فى خصوص النيابة الظاهرة ، على ما يأتى : « تثبت صفة النيابة لشخص عن آخر ، متى وجد الأول برضاء الثانى فى وضع من شأنه ، بمقتضى القانون أو العادات ، أن تكون له مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر » . انظر جمال مرسى بدر فى دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فقرة ٢٠ ، حيث أورد النص على النحو المتقدم وانتقده لأنه « أغفل الإشارة إلى العنصر الشخصى لقاعدة الإنابة الظاهرة ألا وهو حسن نية الغير المتعامل مع النائب وهو عنصر أساسى لا بد من وجوده ، لتوفر النيابة الظاهرة » – وانظر فى التمييز بين الإنابة الظاهرة والإنابة الضمنية المرجع السابق فقرة ٢١ ونظرية النيابة فى التصرفات القانونية لنفس المؤلف ص ١٤٢ هامش ١ – ليوتيه (Léauté) فى الوكالة الظاهرة فى علاقتها بالنظرية العامة للأوضاع الظاهرة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ ص ٢٩٦ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥١ ص ٥٩٢ .

(٤) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ – عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ١٦٤ – ص ١٦٥ : ويستعين بفكرة الغلط الشائع فيقول فى هذا الصدد : « والحق أن الأمر لا يرتد إلى المسئولية ولا يرجع إلى الإثبات، بل يتعلق بفكرة =

بأن أثبت هذا أنه بالرغم من اتخاذه الاحتياطات الواجبة فإن هذا المظهر من شأنه أن يخدعه[1] ، فإنه يكون بذلك قد أثبت فى الوقت ذاته حسن نيته كما سبق القول .

٣٠٧ — الأثر الذى يترتب على قيام الوكالة الظاهرة : فإذا توافرت الشروط سالفة الذكر وقامت الوكالة الظاهرة ، فإنه يترتب على قيامها مايترتب على قيام الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير . ويعتبر الوكيل الظاهر فى تعامله مع الغير باسم الموكل نائباً عنه ، وينصرف أثر التصرف الذى عقده مع الغير من حقوق والتزامات إلى الموكل ، كما لو كانت هناك وكالة حقيقية[2]. وهنا نرى مثلا آخر من الأمثلة التى تقوم فيها النيابة دون أن تقوم الوكالة[3] .

على أنه فى العلاقة فيما بين الموكل والوكيل الظاهر ، يجب التمييز بين ما إذا كان هذا الوكيل حسن النية أو سيئها . فإذا كان حسن النية ، وكان يعتقد مثلا أنه يعمل فى حدود الوكالة وقد جاوز هذه الحدود ، أو بوكالة صحيحة ، وكانت الوكالة باطلة ، لم يرجع الموكل على الوكيل بالتعويض من جراء ذلك[4] .

= الغلط الشائع . وهى من ناحية إيجابية ، فينبغى على الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر فى حالتنا إثباتها . وهى من ناحية أخرى تنطوى على فكرة انتفاء الخطأ أو الإهمال من جانب الغير ، وقد يكون فيها أيضاً عنصر الخطأ من جانب الأصيل إذا كان مظهر الوكالة قد نشأ بتقصيره أو إهماله . ففكرة الغلط الشائع إذن جامعة لهذه المعانى جميعاً ، ومستقلة عن فكرة حسن النية أى مجرد الجهل بحقيقة الواقع ، أو سوء النية أى العلم الفعلى بالحقيقة . وبذلك نبرر رفع الحماية عن الغير إذا ما وجد شك فى الأمر : لأن الشك وإن كان لا ينفى حسن النية ، إلا أنه يوجب عند الرجل الحريص الحازم الاستزادة من الاستقصاء للتحرى عن حقيقة الواقع . فإن قعد الغير (المتعامل مع الوكيل الظاهر) عن المضى فى البحث واكتفى بجهد أدنى من ذلك ، كان مقصراً ، وانتفى بتقصيره الغلط الشائع ، لأنه فى هذه الحالة يكون قد هبط عن معياره وهو جهد الرجل الحريص الحازم » . وانظر أيضاً نفس المرجع ص ١٩٧ وص ٢٠٧ .

(١) ويقاس ذلك بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى ، فيكون المظهر من شأنه أن يخدع الشخص المعتاد ، لا أن يخدع الغير بالذات الذى تعاقد مع الوكيل .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٣) وغنى عن البيان أن انصراف أثر التصرف إلى الموكل هو حق للغير حسن النية لا واجب عليه ، وهو مقرر لصالحه ، فإن شاء نزل عنه فلا ينصرف أثر التصرف إلى الموكل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٧١ مكررة) .

(٤) أما إذا قام سبب من أسباب انتهاء الوكالة دون أن يعلم به الوكيل ، فإن الوكالة تبقى قائمة ، وتكون وكالة حقيقية لا وكالة ظاهرة (انظر ما يلى فقرة ٣٢٤ ثانيا) .

أما إذا كان الوكيل الظاهر سيئ النية ، وكان يعلم أن الوكالة غير قائمة ومع ذلك أقدم على التعاقد مع الغير ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ فى حق الموكل يستوجب مسئوليته التقصيرية ، ومن ثم يرجع الموكل عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء انصراف أثر التصرف الذى عقده الوكيل مع الغير إليه[١] .

٣٠٨ — الأساس القانونى الذى تقوم عليه الوكالة الظاهرة : بقى أن نبين على أى أساس قانونى تقوم الوكالة الظاهرة ، وكيف نستمد منها ، مع أنها غير موجودة ، النيابة فى العلاقة ما بين الموكل والغير . وقد تشعبت الآراء فى تحديد هذا الأساس القانونى ، فبعض يقيم الوكالة الظاهرة على أساس المسئولية المبينة على الخطأ ، وفريق ثان يقيمها على أساس تحمل التبعة ، وفريق ثالث يقيمها على أساس المسئولية عن أعمال الوكيل[٢] .

فالذين يأخذون بالمسئولية المبينة على الخطأ يقولون إن الموكل قد أخطأ فى خلق المظهر الخارجى للوكالة الذى انخدع به الغير ، فهو مثلا لم يسترد سند التوكيل بعد انتهاء الوكالة[٣] ، أو زود الوكيل بتوكيل على بياض[٤] . أو

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ وفقرة ١٥٠١ ص ٩٥٣ — بيدان ١٢ فقرة ٣٣٠ .

(٢) انظر عرضاً مفصلا لهذه الآراء المختلفة فى نظرية الأوضاع الظاهرة للأستاذ عبد الباسط جميعى ص ٢١١ — ص ٢١٦ — وهناك آراء أخرى أشير إليها فى هذه الرسالة ، منها الفضالة والصورية وحسن النية والمبدأ القاضى بأن الغلط الشائع يولد الحق وفكرة الاستقرار الحركى وعدم خروج التصرف عن حدود المألوف (انظر ص ٢١٦ — ص ٢٢١ من نفس المرجع — وانظر چيرو فى المظهر كمصدر للمسئولية رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ ص٨٠ ومابعدها وص١٣٠ وما بعدها وص ١٤٨ وما بعدها) . وانظر جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٥٠ — ص ١٥١ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٧١ — نقض فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٤٦٤ .

(٤) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٤٩ — نقض فرنسى ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ٨٠ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٤٦٤ — مونپلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ — ٢٦ مختصر .

بتوكيل غير محدد يمكن أن يساء استعماله[١] ، أو صاغ التوكيل فى عبارات عامة غامضة[٢] ، أو أهمل مراقبة وكيله فى تنفيذه للوكالة[٣] ، أو أساء اختيار الوكيل[٤] ، أو بوجه عام أعطى للغير الذى تعامل مع الوكيل فكرة خاطئة عن مدى حدود الوكالة[٥] . وهذا الخطأ يستوجب تعويض الغير ، وخير تعويض هو التعويض العينى ، فينصرف أثر التصرف الذى عقده الوكيل الظاهر مع الغير إلى الموكل[٦] . ويؤخذ على هذا الرأى أنه لا يمكن القول دائماً إن هناك خطأ فى جانب الموكل ، فقد لا يرتكب أى خطأ ومع ذلك يلتزم بتصرف الوكيل الظاهر ، كما إذا اختلس هذا الأخير المخالصة بالدين أو بوليصة الشحن وقبض الدين أو تسلم البضاعة .

ومن ثم ذهب الفريق الثانى إلى الأخذ بتحمل التبعة ، فالموكل يتحمل تبعة نشاط الوكيل كما يستفيد من هذا النشاط ، والغرم بالغنم[٧] . ولو كان هذا صحيحاً على إطلاقه ، لما رجع الموكل على الوكيل سيئ النية بالتعويض ، مادام أنه يتحمل تبعة نشاطه .

وهذا ما دعا الفريق الثالث إلى القول بمسئولية الموكل نحو الغير عن أعمال الوكيل[٨] ، ومن ثم ينصرف أثر المتصرف إليه ، ثم يرجع على الوكيل

---

(١) مثل ذلك أن يكون التوكيل فى اقتراض مبلغ معين دون تعيين شخص المقرض ، فيقترض الوكيل بموجب هذا التوكيل المبلغ مرتين من مقرضين مختلفين (پوتييه فى الوكالة فقرة ٨٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٠ ص ٤١٥ – بلانيول وريپير وساڤاتيية ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ – باريس ٥ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ٢ – ٢٦٣) .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ٨١ – باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ – ٢٧٩ .

(٣) نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ جازيت دى پاليه ١٩٠٥ – ٢ – ٢٥٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٠ – ١ – ٢٧٢ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥١ .

(٥) باريس ١١ يناير سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ – ٢٧٩ وقد سبقت الإشارة إليه .

(٦) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٠ – بيدان ١٢ فقرة ٣٢٩ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٠ ص ٩٥٠ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٥٠ – فقرة ٣٥٢ .

(٧) ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٣٨ ص ٢٣١ و ٣ فقرة ٣٣٧ ص ٥٣٦ .

(٨) ليوتيه فى الوكالة الظاهرة فى علاقتها بالنظرية العامة للأوضاع الظاهرة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٣ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأصل ألا يلتزم =

بالتعويض . ولكن هذا الرأى يفترض أن الوكيل الظاهر يرتكب دائما خطأ حتى يكون الموكل مسئولا عنه ، وقد رأينا أنه قد يكون حسن النية لم يرتكب أى خطأ ومع ذلك ينصرف أثر تعاقده مع الغير إلى الموكل(١) .

وقد أسس بعض الفقهاء الوكالة الظاهرة على المظهر ، لأن إلزام الموكل بعمل وكيله الظاهر « إنما يرجع إلى أن قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية ، رغم مخالفة ذلك للحقيقة ، ينبغى أن تتولد عنه بالنسبة إلى الغير الحسن النية نفس الآثار التى كانت تتولد عن الوكالة الحقيقية ، إذا كان هذا المظهر من الجسامة بحيث لايتسنى للغير أن يعلم بعدم مطابقته للحقيقة »(٢). ونضيف إلى ذلك أن هذا المظهر الخارجى الخاطئ الذى أحدثه الموكل — سواء بتقصير منه أوبغير تقصير فهو على كل حال منسوب إليه فعليه أن يتحمل تبعته — يرسى القانون على أساسه نيابة يضيفها على الوكيل الظاهر ، فينصرف أثر تعاقده مع الغير إلى الموكل بحكم هذه النيابة . ويبرر ذلك أن الغير كان حسن النية ، وهو فوق ذلك لم يكن مقصراً فى استطلاع الحقيقة بل انخدع بمظهر الوكالة الخارجى دون أن يرتكب خطأ ، فآثره القانون بالحماية على الموكل الذى ينسب إليه هذا المظهر الخداع ، وذلك حتى يستقر التعامل . هذه الاعتبارات جميعاً هى التى تشنع فى أن يجعل القانون الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل ، فالنيابة هنا نيابة قانونية(٣) ، وقد قامت دون أن تقوم الوكالة ، إذ الوكالة الظاهرة وكالة غير موجودة .

= الموكل بأعمال موكله التى جاوز بها حدود الوكالة ، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموكل قد جعل الغير يعتقد أن للوكيل سلطة فى القيام بهذه الأعمال . ولا يكفى أن يؤكد الوكيل تأكيداً غير صحيح أن له هذه السلطة ، حتى يكون الموكل مسئولا عن خطأ الوكيل الذى اختاره (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٦) .

(١) وحتى لو ارتكب الوكيل خطأ ، فسنرى أن الأصل ألا يكون الموكل مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله إلا فى حدود ضيقة (انظر ما يلى فقرة ٣٠٩) .

(٢) عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص ٨٠ .

(٣) وقد رأينا أن هذه النيابة القانونية فى الوكالة الظاهرة تقوم فى بعض تطبيقاتها على نصوص صريحة فى القانون ، فقد نصت المادة ٣٣٢ مدنى على أن « يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن . . . » . وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً عاما فى الوكالة الظاهرة فى أهم تطبيقاتها ، فى حالة ما إذا قامت هذه الوكالة =

٣٠٩ — مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله : يبقى ، فى علاقة الموكل بالغير ، أن نبين إلى أى حد يكون الموكل مسئولا نحو الغير عن خطأ وكيله .

والأصل أن الموكل لا يكون مسئولا عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله ، فإن الوكيل إذا كان ينوب عن الموكل فى التعاقد مع الغير فيلزمه بهذا التعاقد ، فإنه لا ينوب عنه فى الخطأ الذى يرتكبه هو فيلزمه بهذا الخطأ[1] . فإذا ارتكب

= بعد انتهاء الوكالة الحقيقية ، فكانت المادة ٢/٩٩٥ من هذا المشروع تنص كما رأينا على ما يأتى : « ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسنى النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهائها » (انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثانى — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ فى الهامش) . وإذا كان هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة ، فإن ذلك يرجع إلى أن القاعدة العامة فى الوكالة الظاهرة — وهى قاعدة لها قوة القانون — تغنى عنه . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثانى فى الهامش) .

وإذا اعتبرنا أن الوكالة الظاهرة هى نفسها تطبيق لنظرية أعم وهى نظرية الأوضاع الظاهرة (انظر عبد الباسط جميعى فى نظرية الأوضاع الظاهرة) ، فإنه يسعفنا فى ذلك نصوص تعد تطبيقات تشريعية لهذه النظرية الأخيرة ، وبخاصة فى الصورية (م ٢٤٤ مدنى) وفى الدائن الظاهر (م ٣٣٣ مدنى) .

ويقول الأستاذ جمال مرسى بدر فى هذا الصدد : « ولعل الأقرب إلى الصواب أن يقال إن الربط بين آثار تعبير النائب الظاهر عن إرادته وبين ذمة الأصيل راجع إلى قاعدة قانونية ، أرساها القضاء ولها تطبيقات فى بعض النصوص التشريعية ، وهذه القاعدة القانونية تحل فى إيجاد تلك الرابطة محل إرادة الأصيل فى الإنابة الحقيقية ، وذلك تغليباً لاستقرار التعامل ، وحياطة لمصلحة الغير حسن النية على الوجه الذى يقتضيه توفر الثقة فى المعاملات » (جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٥٢) .

(١) نقض فرنسى ٥ نوفبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٨٠ — ١ — ٧٩ — ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ١ — ١٥١ — ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٨٧ — ٩ يناير سنة ١٩٣١ سيريه ١٩٣١ — ١ — ٣٥٨ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ — ١ — ٣١٨ — ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٦ — ١ — ٣٢٩ — ١٢ يونيه سنة١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ — ٤٢٧ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ — ١ — ١٤٥ — ٣ مايو سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠-٢-٢٨ — باريس ٥ يونيه سنة١٩٢٨ الأسبوع القضائى (Sem. Jur) ١٩٢٨ ص ١١٠١ — دويه ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دى باليه ١٩٥٢ — ١ —٩٣ — أوبرى ورورإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٧ — وانظر عكس ذلك وأن الموكل يكون دائماً مسئولا عن خطأ وكيله مسئولية المتبوع عن التابع : بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٦ — ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٠٣ و ٥ فقرة ٨٩٢ — بيدان ١٢ فقرة ٣١٤ .

الوكيل مخالفة يعاقب عليها بالغرامة ، لم يكن الموكل مسئولا إلا إذا كان القانون ينص على مسئوليته هو أيضاً بالإضافة إلى مسئولية الوكيل[1] . وإذا جاوز الوكيل حدود وكالته في التعاقد مع الغير حسن النية ولم تتوافر شروط الوكالة الظاهرة ، فإن الغير يرجع بالتعويض على الوكيل دون الموكل[2] . وإذا كان الوكيل مفوضاً في بيع منقول وتسليمه ، فباعه وبدلا من تسليمه اختلسه ، كان مسئولا قبل المشترى عن هذا الاختلاس . أما الموكل فيكون مسئولا أيضاً عن عدم تسليم المبيع للمشترى ، ولكن لا بموجب مسئولية تثبت في جانبه عن خطأ الوكيل ، وإنما بموجب البيع الذى عقده الوكيل باسمه فانصرف أثره إليه إذ أصبح ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشترى[3] .

ومع ذلك يكون الموكل مسئولا نحو الغير عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسئولية التقصيرية ، وكذلك في حدود قواعد الوكالة ذاتها .

أما في حدود قواعد المسئولية التقصيرية ، فإن الموكل يكون مسئولا عن خطأ الوكيل إذا ارتكب هو خطأ جر إلى خطأ الوكيل ، كأن أهمل في رقابته حيث تجب عليه هذه الرقابة[4] ، أو كان الخطأ الذى ارتكبه الوكيل ليس إلا تنفيذا لتعليمات تلقاها منه ، ويكون الموكل في هذه الحالة مسئولا عن خطأه الشخصى لا عن خطأ الوكيل[5] . كذلك يكون الموكل مسئولا عن خطأ الوكيل

---

(١) نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥ - ١ - ١٦٨ - بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ هامش ٣ - ومع ذلك انظر نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ - ١ - ٧٢ - وانظر في قوانين الضرائب في فرنسا حيث تنص على مسئولية الموكل عن خطأ الوكيل : بودرى وڤال في الوكالة فقرة ٧٨٢ .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٩ هامش ١ (٦) .

(٣) نقض فرنسى ١٧ أبريل سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ - ١ - ٤٠ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٨ - ١ - ٥٤٥ - بوردو ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٢ - ٢ - ٣٦٤ - باريس ١٠ يوليه سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥ - ٦٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٤ هامش ١٦ - بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٣ - ص ٩٥٤ - ومع ذلك قارن الجزائر ٧ يونيه سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١ - ٢ - ١٨١ .

(٤) وإذا باشر الوكيل إجراءات تعسفية ضد الغير دون أن يتنصل منها الموكل ، كان هذا الأخير مسئولا بالتضامن مع الوكيل نحو الغير (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣) .

(٥) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤ - ١ - ٢٠٢ - ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ - ١ - ١٤ - أول مارس سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ - ١ - ٨٠٦ - =

فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية إذا كان الوكيل مرتبطاً به ارتباط التابع بالمتبوع ، كأن كان خادماً عنده أومستخدماً فى متجره ، ويكون الموكل فى هذه الحالة مسئولا عن خطأ الوكيل مسئولية المتبوع من التابع (١). ويتفرع على ذلك أن تكون الشركة مسئولة عن خطأ مديرها الذى يعد وكيلا عنها ، باعتباره مرتبطاً بها ارتباط التابع بالمتبوع (٢).

وأما فى حدود قواعد الوكالة ذاتها ، فهناك قاعدة من هذه القواعد تقضى كما رأينا بأن التصرف الذى يمضيه الوكيل باسم الموكل يعقده بإرادته هو

= ليون ٢٨ يوليه سنة ١٩٠٨ تحت حكم نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ١ –٧٢– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص٢٣٣ وص ٢٣٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ – وقد يجب خطأ الموكل خطأ الوكيل ، فيكون الموكل وحده مسئولا (باريس ٩ مايو سنة١٨٩٩ سيريه ١٩٠١ – ٢ – ٥) . ومن باب أولى يكون الموكل إذا ارتكب خطأ هو المسئول وحده ، ما دام الوكيل لم يرتكب أى خطأ يستوجب مسئوليته (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤) .

(١) نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٥٠ – ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ٤٢٧ – دويه ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دى پاليه ١٩٥٢ – ١ – ٩٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤ – بيدان ١٢ فقرة ٣٢٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٤ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٧ – ويجب التمييز بين صفة التابع وصفة الوكيل ، فالوكيل لا يكون بموجب الوكالة وحدها تابعاً إلا إذا كان يعمل تحت إشراف الموكل وطبقاً لتوجيهاته (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤ هامش ١٦) . وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه إذا ارتكب الوكيل عملا غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير ، فإن الموكل لا يكون مسئولا عن تعويض ذلك الضرر إلا إذا توافرت فى علاقته بوكيله عناصر التبعية المتميزة عن أركان عقد الوكالة ، والوكالة بذاتها لا تكفى لاعتبار الوكيل تابعا للموكل بالمعنى المقصود فى المادة ١٧٤ مدنى ، وإنما ينبغى النظر على ضوء الظروف وعقد الوكالة نفسه إلى توافر وعدم توافر عناصر رابطة التبعية من وجود سلطة فعلية للموكل على الوكيل مقترنة بالتوجيه والرقابة (الإسكندرية الوطنية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٥١٤ ص ١١٢٥) .

وكل من الخادم والمستخدم يربطه برب العمل علاقتان : علاقة التابع بالمتبوع بموجب عقد العمل ، وعلاقة الوكيل بالموكل بموجب عقد الوكالة الضمنية (أوكما يذهب الفقه الألمانى والفقه الإيطالى يكون الخادم أو المستخدم نائباً عن رب العمل دون أن تكون هناك وكالة : انظر آنفاً فقرة ٢٠١ فى الهامش – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤ هامش ١٦) . فيكون رب العمل مسئولا عن خطأه ، لا باعتباره وكيلا بموجب عقد الوكالة ، بل باعتباره تابعاً بموجب عقد العمل . انظر فى هذه المسألة أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٤١ – فقرة ٣٤٢ – جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٦٥ – ص ١٦٨ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ يوليه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ – ١ – ٢٨٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٤ .

فتحل هذه الإرادة محل إرادة الأصيل ، وبأنه يعتد بشخص الوكيل فى العلم بظروف من شأنها أن تؤثر فى هذا التصرف[١]. ويترتب على ذلك أنه إذا ارتكب الوكيل تدليساً جر الغير إلى التعاقد معه ، فإن العقد يكون قابلا للإبطال ويجوز فوق ذلك للغير أن يرجع بالتعويض ، لا فحسب على الوكيل لارتكابه هذا التدليس ، بل أيضاً على الموكل كما لو كان التدليس قد صدر منه هو ، وفى هذا يكون الموكل مسئولا عن خطأ الوكيل[٢]. كذلك إذا تواطأ الوكيل مع الغير الذى تعاقد معه للإضرار بحقوق دائنى هذا الغير أو تواطأ معه على الصورية ، فإنه يعتد بهذا التواطؤ ويكون الموكل مسئولا عنه فيمتد أثره إليه ، ومن ثم يجوز لدائنى الغير أن يطعنوا فى التصرف بالدعوى البولصية أو أن يتمسكوا بالعقد الصورى طبقاً لقواعد الصورية[٣] ، وذلك كله فى مواجهة الموكل كما لو كان تواطؤ الوكيل مع الغير قد صدر منه هو[٤].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٤ فى الهامش – نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ – ١ – ٣٣٢ – ٣٠ يوليه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ١ – ١٣٢ – ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ١٤ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٥ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٤٣ .

(٣) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ١ – ٥٥٩ – ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ١٤ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٧٨٢ ص ٤١٧ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٢ ص ٩٥٥ .

(٤) وكما أن الموكل قد يكون مسئولا نحو الغير عن خطأ الوكيل ، كذلك قد يكون الغير مسئولا عن خطأ الوكيل نحو الموكل . فإذا كان عقد الوكالة يلزم الوكيل بالبيع مثلا أن يستخدم ثمن المبيع فى شراء أسهم أو سندات ، فالأصل أن المشترى الذى تعاقد مع الوكيل لا يكون مسئولا عن تنفيذ هذا الالتزام نحو الموكل (نقض فرنسى ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦ – ١ – ٣٣) ، وذلك مالم ينص الموكل فى سند التوكيل على أن شراء الأسهم أو السندات شرط فى قيام الوكالة . فإذا كان المشترى يعلم بهذا الشرط ، فإنه يكون مسئولا عن تنفيذه نحو الموكل ، ويجب عليه ألا يسلم الثمن للوكيل إلا بعد الاستيثاق من أنه يستخدم فى شراء الأسهم أو السندات المطلوبة (پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٣) – وإذا اقترض الوكيل بهذه الصفة من الغير مبلغاً أكبر مما تقتضيه الحاجة وأضاع الزائد ، لم يكن المقرض حسن النية مسئولا عن ذلك قبل الموكل (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٤٨) – وانظر أيضاً استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٥١ – ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٥ – ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٠ .

المبحث الثانى

الوكيل يعمل باسمه الشخصى
(المسخر أو الاسم المستعار)
(Prête - nom)

٣١٠ — متى يعمل الوكيل باسمه الشخصى — عقد التسخير أو عقد الاسم المستعار : الوكيل يعمل دائماً لحساب الموكل كما قدمنا ، ولكنه تارة يعمل باسم الموكل وتارة يعمل باسمه الشخصى . والأصل أن يعمل الوكيل باسم الموكل ، فتكون الوكالة نيابية ، وقد بسطنا قواعدها فيما تقدم . وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى تصرف قانونى ، ولم يذكر فى سند التوكيل ما إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل أو يعمل باسمه الشخصى ، فالمفروض أن الموكل قد أضفى على الوكيل صفة النيابة وأباح له أن يعمل باسمه نائباً عنه . ومع ذلك قد يرى الموكل أن يخفى اسمه فى التصرف الذى فوض فيه الوكيل ، لسبب أو لآخر مما سنشير إليه فيما يلى ، فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، ويسخره فى ذلك مستعيراً اسمه . وتسمى الوكالة فى هذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار (convention de prête-nom) ، ويسمى الوكيل بالمسخر أو الاسم المستعار (prête - nom)[1] . فهناك إذن نوعان من الوكالة : الوكالة النيابية وهى وكالة مكشوفة (mandat ostensible) تقترن بالنيابة وتبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل ، والوكالة غير النيابية وهى وكالة مستترة (mandat simulé) تتجرد عن النيابة وتفرض على الوكيل أن يعمل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل كما سبق القول .

على أن الوكالة النيابية أى الوكالة المكشوفة ، وإن كانت تبيح للوكيل

---

(١) ولا يكون هناك تسخير إذا ظهر اسم الموكل إلى جانب اسم الوكيل (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٢١ — ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٦) .

أن يعمل باسم الموكل نائباً عنه ، لا تمنعه من أن يعمل باسمه إذا اختار ذلك ، وعندئذ يصبح فى حكم المسخر أو الاسم المستعار ، وإن كان يفعل ذلك من تلقاء نفسه لا بناء على تسخير من الموكل[١] . وتسرى على الوكيل فى هذه الحالة جميع الأحكام التى تسرى على المسخر أو الاسم المستعار[٢] ، وتكون الوكالة فى الحالتين وكالة دون نيابة . ولكن يندر أن يعمد الوكيل من تلقاء نفسه إلى التعاقد باسمه الشخصى إذا لم يكن مسخراً ، إذ هو يؤثر ألا يتحمل مسئولية انصراف أثر العقد إليه كما يتحملها المسخر فيما سنرى . فالكثرة الغالبة من الأحوال التى يعمل فيها الوكيل باسمه الشخصى هى عندما يكون مسخراً بموجب عقد وكالة مستترة هو عقد التسخير أو عقد الاسم المستعار .

ويلجأ الموكل إلى تسخير الوكيل واتخاذه اسما مستعاراً لأغراض عملية مختلفة ، منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع[٣] . مثل المشروع منها أن يخفى الموكل فى الشراء اسمه على البائع ويسخر الوكيل للشراء باسمه الشخصى ، لأنه يدرك أن البائع لو علم بالمشترى الحقيقى لطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه ، أو لامتنع عن البيع نكاية به[٤] . ومثل ذلك أيضاً أن يسخر المشترى فى المزاد

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤١ – فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص ٢٠٤ ص ٢٠٥ – ليربيور بيجونيير فى الاسم المستعار (الوكيل أو الفضولى يعمل باسمه) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ ص ٣٨ – وهذا هو الأصل التاريخى للوكالة ، فقد كان الوكيل يتعاقد باسمه وينصرف أثر العقد إليه ، ولم تصل الوكالة إلى أن تكون وكالة نيابية ينصرف أثر التصرف فيها إلى شخص الموكل إلا بعد تطور طويل (انظر فى ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف الجزء الخامس سنة ١٩٥٨ – وانظر فى تطور القانون الرومانى فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص ٢٣ ومابعدها) .

(٢) أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٢٧ – فقرة ٣٢٩ .

(٣) چوسران ٢ فقرة ١٤٣٥ .

(٤) وهناك صورة عملية تقرب من هذه الصورة ولكنها ليست إياها ، وهى التقرير بالشراء عن الغير (**déclaration de command**) ، وقد بحثنا هذه الصورة تفصيلا عند الكلام فى البيع فى الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٩٥ – فقرة ٩٩) . والتقرير بالشراء عن الغير يشترك مع التسخير فى أن الوكيل فى كليهما لا يعلن اسم الموكل . ولكن الوكيل فى التقرير بالشراء عن الغير يعلن أنه يشترى لنفسه أو لغيره ، وقد يحتفظ بالصفقة لنفسه وعند ذلك يكون أصيلا فى الشراء لا وكيلا ، وقد يعلن اسم شخص فى الميعاد المحدد يضيف إليه هذه الصفقة وعند ذلك يكون وكيلا عن هذا الشخص فى الشراء وكالة نيابية . أما فى التسخير فالوكيل يشترى حتما لحساب غيره . ويلتزم بنقل الصفقة إلى هذا الغير ، ولا يستطيع أن يحتفظ بها لنفسه . ومن ذلك نرى أن المقرر بالشراء عن الغير إما أن يكون أصيلا فى الشراء وإما أن يكون وكيلا وكالة نيابية ، فى حين أن المسخر يكون =

وكيلا عنه يتقدم إلى المزاد باسمه الشخصي لا باسم الموكل[1] ، وذلك لأنه يريد أن يخفي الصفقة عن الجمهور ، أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه هو في جلسة المزاد أن يتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى[2] . والتسخير الغرض مشروع صحيح ، لأنه ضرب من ضروب

= دائماً وكيلا وكالة غير نيابية . وقد قضت محكمة النقض بأن مخاصمة الوكيل لا تصح دون ذكر اسم الأصيل أو على الأقل دون توجيه الإجراءات إليه بوصفه وكيلا ، فإذا كان إنذار الشفعة الذي أعلن إلى المشتري الذي احتفظ بحق اختيار الغير لم يشر إلى صفته كوكيل ، فإنه لا ينصرف إلا إلى شخصه (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

ويمكن القول إن التقرير بالشراء عن الغير وضع بين أوضاع ثلاثة : في الوضع الأول يعمل الشخص لحساب غيره وباسم هذا الغير ، وهذه هي الوكالة النيابية . وفي الوضع الثاني يعمل الشخص لحساب غيره ولكن باسمه الشخصي ، وهذه هي الوكالة غير النيابية . وفي الوضع الثالث يعمل الشخص إما لحساب غيره وباسم هذا الغير كما في الوكالة النيابية وإما لحساب نفسه وباسمه الشخصي ، وهذا هو التقرير بالشراء عن الغير . انظر في ذلك فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢١ .

(١) ويجب التمييز بين إعارة الاسم للشراء وبين الوعد ببيع الشيء المشترى . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن تحدي المدين بأن من استخدمه للدخول في المزايدة يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم وأن المعار اسمه لا يتملك حق الأصيل – هذا التحدي محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد معيراً اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسي عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطيان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصاريف ، فذلك لا يصح التحدي به في إنكار الملكية على الراسي عليه المزاد (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٥ .

(٢) والتسخير في القانون المدني يقابل الوكالة بالعمولة (commission) في القانون التجاري . (انظر في أن الوكالة بالعمولة نظام تجاري قائم بذاته : فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٩٦ – ص ١٢٢) .

وهناك ضروب مشروعة من التسخير لا تدخل في الوكالة ، لأن المسخر لا يكون وكيلا بل يعمل لحسابه الشخصي . مثل ذلك أن يشتري شخص أرضاً باسم ابنته ، فتكون البنت هي المالكة الحقيقية للأرض ، ولا تلتزم بنقل ملكيتها للأب كما يلتزم المسخر ، ولا ينتفع الأب من الصفقة انتفاعاً شخصياً إلا بمقدار ما ينتفع الأب عادة بمال أولاده . وإنما قصد الأب من تسخير ابنته في الشراء باسمها أن يتفادى ، لو أنه اشترى الأرض باسمه ، أن يرثه غير ابنته من أقاربه لأنه ليس ليس له أولاد ذكور ، أو أن يتفادى ضريبة التركات إذا ما انتقلت الأرض بالميراث إلى ورثته (ومن هنا يعتبر هذا الشراء بالنسبة إلى ضريبة التركات واقعاً للأب إذا مات هذا في خلال خمس سنوات من وقت الشراء ، فتستحق ضريبة التركات) ، أو أن يتفادى أحكام قانون الإصلاح الزراعي التي تمنع أن يملك الشخص باسمه أكثر من مائة فدان ، أو أن يتفادى ضريبة الإيراد العام فلا يشتري الأرض باسمه حتى لا يزيد إيراده الشخصي فتزيد الضريبة على هذا الإيراد .

وهناك ضرب مشروع من التسخير أوسع من التسخير المألوف عندما يشترط المؤمن ، في =

الصورية والصورية وحدها ليست سبباً فى بطلان التصرف[١] . أما إذا كان الغرض غير مشروع فإن التسخير يكون باطلا ، ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذى باشره الوكيل باسمه الشخصى تنفيذاً لعقد الوكالة والتصرف الذى نقل به الوكيل الحق للموكل[٢] . فإذا سخر المدين المحجوز على ماله شخصاً يتقدم فى المزاد لشراء المال المحجوز عليه ، كان التسخير باطلا ، وإذا رسا المزاد على المسخر كان رسو المزاد أيضاً باطلا ، وإذا باع المسخر المال للمدين كان البيع باطلا كذلك . ذلك بأنه لا يجوز للمدين أن يتقدم فى مزاد بيع ماله المحجوز عليه ، وما لا يستطيع أن يباشره بنفسه لا يستطيع مباشرته بمسخر[٣] . وإذا سخر النائب أو السمسار أو الخبير من يشترى المال

= التأمين من المسئولية ، أن يتولى بنفسه توجيه الدفاع فى دعوى المسئولية (باريس ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٣ المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٥٣ — ١٥٢ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٠٠٤) .

(١) چوسران ٢ فقرة ١٤٣٦ — وعلى ذلك فالتسخير فى الخصومة والإجراءات القضائية صحيح ، فينزل صاحب الحق عن حقه المتنازع فيه لمسخر يرفع به الدعوى باسمه الشخصى ، ويتفادى الخصم الحقيقى بذلك أن يظهر اسمه فى المنازعات القضائية . ويلتزم المسخر ، إذا كسب الدعوى ، بأن ينقل الحق الذى كسبه إلى الخصم الحقيقى (نقض فرنسى ٨ يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦ — ١ — ٢٧٨ — ٢٣ فبراير سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨ — ١ — ١١٦ — ٢٨ يوليه سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩— ١ — ٤٢٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ — ١ — ٢٣٠ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٢ ص ٤٦٧ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٠٠٥ ص ٩٥٧) .

ويجوز للمساهم فى شركة تسخير شخص آخر ، ينقل إليه ملكية أسهمه ، فى مطالبة الشركة بتقديم الحساب (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١١٢) .

(٢) ويستطيع الغير حسن النية الذى تعاقد مع المسخر أن يثبت التسخير بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، ويتمسك بالبطلان ضد طرفى عقد التسخير (نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ —١— ٢٢٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٥ وفقرة ٨٩٨ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٠٠٥ ص ٩٥٨) . ولكن طرفى التسخير لا يستطيعان التمسك بالتسخير قبل الغير حسن النية ، وذلك وفقاً لقواعد الصورية (تولوز ٣ ديسمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ٢ — ١٨٥ — باريس ٥ يونيه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ — ٢ — ١٢٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٥ ص ٤٧٠) . وانظر فى إلزام المسخر بالتنفيذ : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ .

(٣) نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٤٦ سيريه ٤٦—١—٤٧١— ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه ٥١ — ١ — ٣٤ — ٦ أغسطس سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٥ — ١ — ٣٤٧ — ٢٩ يوليه سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٤— ١ — ٢١٠ — ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ — ١ — ١١— بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٣ ص ٤٦٩— پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٠٠٥ ص ٩٥٧ — وقد قدمنا =

المنوط به هو بيعه أو تقدير قيمته ، كان هذا باطلا ، لأنه لايستطيع شراء المال بنفسه فلا يستطيع شراءه بمسخر . وتقول المادة ٤٧٩ مدنى فى هذا الصدد : « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة . . » ، وكذلك تقول المادة ٤٨٠ مدنى : « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار ». وإذا سخر أحد عمال القضاء من يشترى حقاً متنازعاً فيه يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فى دائرتها نظر النزاع فيه ، كان هذا باطلا ، لأنه لايستطيع شراء هذا الحق بنفسه فلا يجوز له شراؤه بمسخر . وتقول المادة ٤٧١ مدنى فى هذا الصدد : « لايجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا المحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولاباسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا » . وإذا سخر محام من يتعامل مع موكله فى الحق المتنازع فيه الذى يتولى الدفاع عنه ، كان هذا باطلا ؛ لأنه لايستطيع أن يتعامل فى هذا الحق بنفسه فلا يجوز أن يتعامل فيه بمسخر . وتقول المادة ٤٧٢ مدنى فى هذا الصدد : « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا »[1] .

= أن التسخير فى الخصومة جائز ، ولكنه يكون غير جائز إذا كان غير مشروع وقصد به التحايل على القانون ، كما إذا باع شخص العين المتنازع فيها لمسخر حتى يغير المحكمة المختصة بنظر النزاع فيما لو رفعت الدعوى عليه شخصيا ، وذلك إضرارا بخصومه (كان ٢٤ مارس سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٣ - ٢ - ١٨٢ - پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص ٩٥٨) .

(١) ويعتبر التسخير غير مشروع إذا قصد به التواطؤ على الإضرار بحقوق الغير . فإذا كان الدائن قد حول حقه فى ذمة المدين لمسخر حتى يتوقى بذلك أن يتمسك المدين بالمقاصة بين هذا الحق وبين حق له فى ذمة الدائن ، كان التسخير باطلا (نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ - ١ - ٣١ - جيوار فقرة ٢٠ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٤ - پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص ٩٥٨) . وقد يتعهد تاجر بألا يزاحم تاجرا آخر فى تجارته ، فيخل بتعهده إذا هو سخر شخصاً آخر لهذه المزاحمة ، ويكون التسخير غير مشروع (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٠ ص ٤٦٦) . وإذا اشترط القانون مؤهلا فنياً خاصاً فيمن يدير عملا (كصيدلية) ، فسخر شخص غير حامل لهذا المؤهل شخصاً حاملا له لإدارة هذا العمل ، كان هذا تحايلا على القانون ، وكان التسخير غير مشروع (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٠ ص٤٦٦) .

وأياً كان الغرض من التسخير ، فإن التسخير يتخذ الصورة التي تلائمه . فمن يسخر في شراء منزل يوكل المسخر في شراء هذا المنزل على أن يكون الشراء باسم المسخر الشخصي ، ومن يسخر في بيع منزل يبيع أولا هذا المنزل إلى المسخر ويوكله في بيعه إلى الغير على أن يكون البيع باسم المسخر الشخصي ، ومن يسخر في قبض دين له في ذمة الغير يحول هذا الحق إلى المسخر فيقبضه هذا باسمه الشخصي[١] ، وهكذا[٢] .

ولما كان المسخر يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي كما سبق القول ، فإنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الذي سخر فيه[٣] ، ولا يكفي أن يكون مميزاً كما يكفي ذلك في الوكيل العادي على ما قدمنا[٤] .

وإذا تعاقد المسخر مع الغير على النحو الذي قدمناه ، وكان التسخير مشروعاً ، فإن المسخر في علاقته مع الغير يكون أصيلا ، وفي علاقته مع الموكل يكون وكيلا . فيقتضي ذلك إذن أن نبحث :

---

(١) ويجوز له أن يقاضي باسمه الشخصي المحال عليه ، فيكون أيضاً مسخراً في رفع الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة وباعتباره محالا بسند الدين موضوع النزاع ممن صدر له هذا السند ، ثم رفع الاستئناف باسمه أيضاً عن الحكم الابتدائي الذي قضى برفض دعواه ، ثم قرر الطعن بالنقض باسمه أيضاً في الحكم الاستئنافي ، فإن طعنه يكون جائزاً . ولا يغير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح في مذكرته الشارحة بأن طعنه هو لحساب ورثة الدائن المحيل ، أو أن تكون الحوالة قد ارتدت إلى المحيل باتفاق لاحق ، أو ألا يكون الطاعن قد قدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين ورثة المحيل لإجراء الطعن ، لأن هذا كله لا يعدو أن يكون تقريراً لأمر مشروع في ذاته قد تضمنه الاتفاق بين الطرفين على إعارة الطاعن اسمه في الطعن استمراراً للخصومة التي تولاها باسمه أيضاً في مراحلها السابقة . وليس في القانون ما يلزم الطاعن أن يقدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين المحيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على رفع الاستئناف ، لأن الأصل أن مثل هذا الاتفاق هو من شأن طرفيه وحدهما (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤) .

وانظر أيضاً في التسخير في رفع الدعوى : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١١٨ — ١٧ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٧ — ويجوز أن يتقدم المسخر باسمه الشخصي في التوزيع (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤١) .

(٢) أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٣ — فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٤٤ — وقد يكون الغرض المقصود لا يمكن تحقيقه فوراً كالهبة لشخص غائب أو غير موجود ، فيكون التسخير ضرورياً في هذه الحالة ويتخذ الصورة الآتية : يوهب المال لمسخر ، ويوكل في هبته للشخص المقصود عندما يعود أو عندما يوجد (فلاتيه في العقود لحساب الغير ص ٢٠٥) .

(٣) بودري وفال في الوكالة فقرة ٨٨٧ — بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١٥٠٥ ص ٩٥٩ — جوسران ٢ فقرة ١٤٣٨ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٢٩ في الهامش .

١ – علاقة الوكيل المسخر بالغير .
٢ – علاقة الموكل بالغير .
٣ – علاقة الوكيل المسخر بالموكل[١] .

§ ١ – علاقة الوكيل المسخر بالغير

٣١١ – انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر : رأينا أن المادة ٧١٣ مدنى تحيل ، فيما تحيل إليه من النصوص ، إلى المادة ١٠٦ مدنى ، وهذه تقول : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب[٢] » . ولما كان الوكيل المسخر لا يعلن وقت إبرام العقد مع الغير أنه يتعاقد بصفته نائباً ، بل هو يتعاقد باسمه الشخصى ، فإنه لا يكون نائباً عن الموكل فى تعاقده ، ومن ثم لا يضاف أثر العقد إلى الموكل ، بل يضاف إلى الوكيل المسخر دائناً أو مديناً كما يفهم من النص سالف الذكر .

وعلى ذلك تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير ، كما تضاف إليه أيضاً جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير[٣] .

---

(١) انظر فى التمييز بين التوسيط الحقيقى (interposition réelle) والتوسيط الصورى (interposition fictive) ، وفى أن التسخير هو إحدى صور التوسيط الحقيقى ، فى حين أن التوسيط الصورى هو تعبير آخر عن الصورية : فلاتيه فى العقود لحساب الغير وبوجه خاص ص ٢١٤ – ص ٢١٧ وص ٢٣٥ – ص ٢٣٨ . وقارن أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٤ (حيث يبدو أنه يجعل صورة التوسيط الصورى هى إحدى صورتى الوكالة غير النيابية ، بل يجعلها هى « الاسم المستعار بالمعنى الدقيق ») .

(٢) انظر أيضاً المادة ٩٤٣ مدنى عراقى والمادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٢٩٩ فى الهامش .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠١ – نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ – ١ – ٢٨٢ – ٢٨ يوليه سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩ – ١ – ٤٢٧ – ٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ٣٤٨ – ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ – ١ – ١٥٢ – ١١ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٣ – ١ – ٣٦٩ – ١٢ يناير سنة ١٨٩١ سيريه =

ويستثنى من ذلك حالتان يكون فيهما الوكيل المسخر نائباً عن الموكل بالرغم من أن الوكالة الصادرة له وكالة غير نيابية ، فتضاف حقوق العقد والتزاماته مباشرة إلى الموكل دون الوكيل ، وتسرى أحكام الوكالة كما لو كانت وكالة نيابية :

(الحالة الأولى) إذا كان الغير يعلم ، أو من المفروض حتما أن يعلم ، بأن الوكيل المسخر إنما يتعاقد لحساب الموكل . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون الغير ، وهو يتعاقد مع الوكيل المسخر ويعلم أنه وكيل لا أصيل ، يقصد التعاقد مع الموكل لا مع الوكيل ، وفى هذا الفرض يتعامل الوكيل باسمه الشخصى أما الغير فيتعامل لحساب الأصيل[1]، فتسرى أحكام الوكالة النيابية ، وتضاف حقوق العقد والتزاماته إلى الموكل لا إلى الوكيل المسخر كما تقضى المادة ١٠٦ مدنى فيما رأينا . وإما أن يكون الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر لا مع الموكل ، وذلك بالرغم من علمه بأن من يتعاقد معه هو وكيل لا أصيل ، وفى هذا الفرض لا يكون الوكيل المسخر نائباً عن الموكل ، وتضاف إليه هو حقوق العقد والتزاماته ، ولا يرجع الغير على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير ، ولا يعترض على هذا بأن الغير يعلم بأن الذى يتعاقد معه وكيل لا أصيل ، فمن القواعد المقررة فى التسخير أن هذا العلم لا يمنع من أن تضاف حقوق العقد والتزاماته إلى الوكيل المسخر دون الموكل[2] .

= ٩٢ - ١ - ٣٠٥ - ٣ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ - ١ - ٥٦٧ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ - ١ - ١٠٠ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٢ - پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦٠ .

(١) انظر الوسيط ١ فقرة ٩١ ص ٢٠٠ .

(٢) جيوار فقرة ١٨ - فقرة ١٩ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٩٥ وفقرة ٩٠٢ - فقرة ٩٠٥ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٣ - پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦٠ وفقرة ١٥٠٨ ص ٩٦١ - نقض فرنسى ٢٩ مارس سنة ١٨٣٠ .S. Chr - ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ - ١ - ٢٨٢ . وقد رأينا المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى تقول : « إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه ، كانت له الحقوق الناشئة عن العقد . ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدهم كما لو كان العمل يهمه وحده دون الموكل ، وإن يكن الذين عاقدهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة (العمولة) » (انظر آنفاً فقرة ٢٩٩ فى الهامش) . وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٧٠٥ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد على أن « الوكيل الذى يعمل باسمه الشخصى يكسب الحقوق الناشئة من التصرفات التى يبرمها مع الغير ويتحمل بالالتزامات ، حتى لو كان الغير يعلم بوجود الوكالة » . وانظر فى التقنين المدنى =

والبت فيما إذا كان الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر أو مع الموكل مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع ، والمفروض أنه يقصد التعاقد مع الموكل مادام يعلم أن التعاقد لحساب هذا الأخير ، وذلك ما لم يثبت أنه قصد التعاقد مع الوكيل المسخر .

(الحالة الثانية) إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل المسخر أو مع الموكل . وهذا يحدث فى المألوف من الحياة اليومية ، فمن يدخل متجراً ليشترى سلعة لا يعنيه أن يكون البائع لهذه السلعة أصيلا أو وكيلا ، كما لا يعنى البائع أن يكون المشترى أراد الشراء لنفسه أو كان مسخراً يشترى لحساب غيره[1] . وفى هذه الحالة إذا كشف الموكل عن نفسه ، فان له أن يرجع مباشرة على الغير ، كما يكون للغير أن يرجع عليه ، وتسرى فى ذلك أحكام الوكالة النيابية[2] .

= الإيطالى الجديد فى هذه المسألة فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

ويذهب الأستاذ أكثم أمين الخولى إلى أنه إذا كان الغير يعلم بالتسخير ، فإن قواعد الصورية هى التى تنطبق ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالعقد الصورى لعلمه بالصورية ، وتسرى عليه أحكام العقد الحقيقى فيعتبر أنه قد تعاقد مع الوكيل باعتباره نائباً عن الموكل (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٤ ص ٢٤٣ – ص ٢٤٤) . وهذا القول يتعارض مع ما هو متفق عليه إجماعاً من أن علم الغير بالتسخير لا يمنعه من أن يكون متعاقداً مع المسخر شخصياً ، وهذا ما جعلنا نميز بين ما إذا كان قد قصد التعاقد مع المسخر فتسرى هذه القاعدة ، أو قصد التعاقد مع الموكل عن طريق المسخر فتقوم العلاقة مباشرة بين الموكل والغير .

(١) وتقدير ما إذا كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع . ونرى أن يتخذ القاضى فى ذلك معياراً موضوعياً لا معياراً شخصياً ، فلا ينظر إلى شخص الغير بالذات ، بل ينظر إلى شخص عادى وهل يستوى عند هذا الشخص فى الظروف التى تم فيها التعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل . ذلك أن المعيار الموضوعى أدعى إلى استقرار التعامل ، وقد أخذ به التقنين المدنى فى كثير من الأحوال ، وأخذ به فعلا فى الحالة الأولى بالذات من هاتين الحالتين حيث يقول : « أو من المفروض حتماً أن يعلم » . ولما كانت المادة ١٠٦ مدنى يقابلها المادة ٣٢ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٦٤ من التقنين المدنى الألمانى ، وقد أخذ القضاء السويسرى بالمعيار الشخصى فى حين أن القضاء الألمانى أخذ بالمعيار الموضوعى ، فقد رجح الأستاذ جمال مرسى بدر الأخذ بالمعيار الشخصى لأن المادة ١٠٦ مدنى مصرى استقيت من المادة ٣٢ من تقنين الالتزامات السويسرى (جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٥٩) . ولا نرى التقيد بالمصدر التشريعى الذى استقيت منه نصوص التقنين المدنى ، بل يجب اعتبار هذه النصوص كلا تنتظمه وحدة متناسقة ويستمد حياته من البيئة المصرية ومقتضياتها ، إذ هو موضوع لهذه البيئة بعد أن انتزع من أصله الأجنبى .

(٢) ويجب تمييز هاتين الحالتين عن حالة ثالثة فيها يتعاقد الوكيل باعتباره نائباً ولكنه =

٣١٢ — انصراف الحقوق إلى الوكيل المسخر : وفيما عدا الاستثنائين المتقدم ذكرهما ، تنصرف الحقوق كما قدمنا إلى الوكيل المسخر . فإذا كان هذا يشترى سلعة لحساب موكله ولكنه يتعاقد باسمه الشخصى ، فإن حقوق المشترى تضاف إليه ، فيصبح هو الدائن للبائع بنقل الملكية وتنتقل الملكية إليه فعلا[1] ، كما يصبح دائناً للبائع بتسليم المبيع وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية . وإذا كان يبيع سلعة لموكله بعد أن انتقلت إليه ملكيتها[2] ليكون مسخراً فى بيعها ، فإن حقوق البائع تضاف إليه ، فيصبح هو الدائن للمشترى بالثمن . وإذا سخر فى أن يكون محالا له فى حوالة حق ، انتقل إليه هو الحق المحال به . أما إذا سخر فى أن يكون محيلا بعد نقل الحق إليه من الموكل ، كان هو الدائن للمحال له بثمن الحوالة . وإذا ثبت له حق فى ذمة الغير ، لم يجز للغير أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير فى ذمة الموكل ، ولكن يجوز التمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير فى ذمة الوكيل المسخر[3] . والوكيل المسخر هو الذى يرفع الدعوى باسمه الشخصى للمطالبة بالحق الذى يثبت له ، والحكم يصدر لصالحه هو[4] ، وهو الذى يقوم بتنفيذه ، ويتقدم باسمه الشخصى فى التوزيع[5] .

= لا يكشف عن شخصية الموكل ، فيقبل الغير التعاقد معه على هذا الأساس . وتتميز هذه الحالة الثالثة عن الحالتين السابقتين بأن الوكيل يتعاقد باسم موكل مجهل ، فى حين أنه فى الحالتين السابقتين يتعاقد باسمه الشخصى . والحكم فى هذه الحالة الثالثة أن التعاقد ينصرف أثره إلى الموكل كما هو الأمر فى الحالتين السابقتين ، ولكن ذلك يقع تطبيقاً لأحكام النيابة ، لا استثناء من هذه الأحكام كما إستثنيت الحالتان السابقتان . وليس فى منطق النيابة ما يمنع من تجهيل شخص الأصيل لفترة معقولة من الزمن ، ويقع ذلك فى العمل فى التقرير بالشراء عن الغير (انظر فى هذا المعنى جمال مرسى بدر فى النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٦٠ — ص ١٦١ — وانظر المادة ١١ من مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص — جمال مرسى بدر فى دراسات حول هذا المشروع فقرة ٤١ — فقرة ٤٢) .

(١) ومن ثم يستطيع أن يسترد من تحت يد الغير الشىء الذى اشتراه (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٩٠٣ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١) .

(٢) أو بعد أن انتقلت إليه حيازتها فى المنقول (پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١) .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٩٠٤ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

(٤) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

(٥) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨ — ١ — ١١٦ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦١ .

٣١٣ — انصراف الالتزامات إلى الوكيل المسخر : وكما تنصرف للوكيل المسخر الحقوق على الوجه المتقدم الذكر ، كذلك تنصرف إليه الالتزامات[1] . فإذا اشترى سلعة كان هو المدين بالثمن للبائع[2] ، وإذا باعها كان هو المدين بنقل الملكية وبالتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية . وإذا سخر فى حوالة حق ، فإن كان هو المحال له كان المدين بالثمن للمحيل ، وإن كان هو المحيل انتقل الحق منه هو للمحال له . وترفع عليه الدعوى شخصياً لمطالبته بما فى ذمته من التزامات ، أو لمطالبته بفسخ العقد والتعويض[3] ، ويصدر الحكم ضده وينفذ على ماله[4] . وإذا وجب تقديم كفيل ، كان هو المكفول لا الموكل[5] .

٣١٤ — علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين : وقد تقوم علاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذى سخر للتعاقد معه ، فيعتبر هو المالك أو صاحب الحق .

فإذا سخر لشراء منزل مثلا واشتراه ، كان هو المالك له . وبهذه الصفة يرجع عليه الغير الذى أنفق على المنزل مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة ، طبقاً لأحكام المادة ٩٨٠/١و٢ مدنى[6] .

وبالنسبة إلى الخزانة يعتبر هو المالك ، فيكون ملزماً بدفع رسوم نقل

---

(١) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٤٠ سيريه ٤١ — ١ — ١٦٧ — ٨ يوليه سنة ١٩٥٦ سيريه ٥٦ — ١ — ٨٧٨ — ٢٢ فبراير سنة ١٨٥٨ سيريه ٥٨ — ١ — ٤٤٤ — ٢٨ يوليه ١٨٦٩ سيريه ٦٩ — ١ — ٤٢٧ — ٨ مايو سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٣ — ١ — ٣٦٦ — ١٢ يناير سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ١ — ٣٠٥ — ٣ مايو سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٧ — ١ — ٤٨٧ — ترولون فقرة ٤٣ — بون ١ فقرة ١٠٧٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص ٤٧٧ .

(٢) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ — ١ — ٣٠٣ — ١١ مارس سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٠ — ١ — ٢٠٨ — ٣ مايو سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٧ — ١ — ٤٨٧ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص ٩٧٧ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤ .

(٣) نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ١ — ٢٨٢ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦٠ .

(٤) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص ٤٧٧ .

(٥) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦٠ .

(٦) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٣ — ١ — ٣٦٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٩٠٠ ص ٤٧٧ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٧ ص ٩٦٠ هامش ٣ .

الملكية . وإذا مات قبل أن يقوم بنقل ملكية المنزل إلى الموكل على الوجه الذى سنبينه ، انتقلت الملكية من الوكيل إلى ورثته ، ووجب على هؤلاء دفع دفع ضريبة التركات[1] .

وبالنسبة إلى دائنى الوكيل المسخر ، يعتبر المنزل مملوكاً للوكيل ، فيجوز لهم التنفيذ عليه بحقوقهم . فإذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، استوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه[2] . ولما كان الوكيل المسخر ملتزماً بحكم الوكالة المستترة بنقل ملكية المنزل إلى الموكل ، فإنه لا يجوز لدائنيه أن يطعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البولصية حتى لو كان الوكيل معسراً ، ذلك أن التزام الوكيل بنقل الملكية منذ تملك المنزل ينفى حتما نية تواطؤه مع الموكل للإضرار بحقوق الدائنين . ونرى من ذلك أنه إذا كان الوكيل يعتبر مالكاً للمنزل ، فإن ملكيته هذه يقيد منها أنه ملتزم بنقلها للموكل منذ ثبوتها له .

§ ٢ – علاقة الموكل بالغير

٣١٥ – عدم انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الموكل : رأينا أن المادة ١٠٦ مدنى تقضى بأنه إذا لم يعلن الوكيل وقت إبرام

---

(١) نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ – ١ – ٢٢٥ – ٢٦ يوليه سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ – ١ – ١٣٢ – ١٨ أغسطس سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٥ – ١ – ٢٢٦ – ١٨ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ – ١ – ٥٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٦٠ هامش ١ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٩١ (ويذهبان إلى أنه يجوز لورثة المسخر أن يثبتوا أنهم لم يرثوا إلا ملكية ظاهرة وأنهم ملزمون بنقل الملكية للموكل ، فإذا أثبتوا ذلك لم يكونوا ملزمين بدفع ضريبة التركات – وانظر أيضاً فى المعنى الذى يقول به بودرى وڤال : أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٥ هامش ٣٣) .

(٢) وكذلك لو كان الشيء الذى اشتراه الوكيل المسخر منقولا وحجز عليه دائنوه قبل أن تنتقل ملكيته للموكل ، فإن للدائنين أن ينفذوا على المنقول بحقوقهم حتى لو انتقلت ملكيته بعد ذلك للموكل . ويقضى التقنين المدنى الإيطالى الجديد ، فى المنقول ، بتقديم حق الموكل على حقوق الدائنين لو كان للوكالة تاريخ ثابت سابق على تاريخ الحجز ، حتى لو كان الحجز متقدماً على انتقال ملكية المنقول للموكل . فتنص المادة ١٧٠٧ من هذا التقنين على ما يأتى : « لا يجوز لدائنى الوكيل التنفيذ على الأموال التى كسب الوكيل ملكيتها باسمه الشخصى تنفيذاً للوكالة ، إذا كانت الوكالة ثابتة التاريخ وسابقة على الحجز بالنسبة إلى الأموال المنقولة وإلى الحقوق (créances) ، أو إذا كان تسجيل سند إعادة نقل الملكية إلى الموكل أو تسجيل صحيفة الدعوى بالمطالبة بإعادة نقل الملكية سابقاً على الحجز بالنسبة إلى العقارات والمنقولات المقيدة فى السجل العام » . وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٨ – وانظر فى التقنين المدنى الإيطالى فى هذه المسألة فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لايضاف إلى الموكل دائناً أو مديناً . ولما كان الوكيل المسخر يتعاقد باسمه الشخصي لابصفته نائباً عن الموكل ، فإن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من تعاقده لاتنصرف إذن إلى الموكل ، ولايصبح هذا دائناً مباشرة أومديناً للغير[١]. ويستثنى من ذلك الحالتان اللتان تقدم ذكرهما ، وهما حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بوجود الموكل وقد قصد التعامل معه ، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل . فى هاتين الحالتين تضاف الحقوق والالتزامات التى تنشأ من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير إلى الموكل لا إلى الوكيل ، وقد تقدم تفصيل ذلك[٢] .

٣١٦ — عدم انصراف الحقوق إلى الموكل : وفى غير هاتين الحالتين لا تنصرف الحقوق إلى الموكل كما سبق القول . فإذا سخر الموكل الوكيل فى شراء منزل ، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للبائع بنقل الملكية وبالتسليم وبضمان الاستحقاق وبضمان العيب الخفية ، بل يكون الدائن هو الوكيل المسخر كما قدمنا . وكذلك إذا سخر الموكل الوكيل فى بيع منزل ، فإن الموكل لا يكون هو الدائن مباشرة للمشترى بالثمن ، بل الدائن هو الوكيل المسخر وقد سبق ذكر ذلك[٣] . على أن الموكل ، إذا لم يستطع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى ، يستطيع الرجوع عليه بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر[٤]. ويستطيع الرجوع مباشرة بالثمن على المشترى ، عندما ينقل إليه الوكيل المسخر حقه قبل المشترى أوعندما يحل الموكل محل الوكيل فى هذا الحق كما سيجىء ، وذلك دون الإخلال بحقوق الغير حسنى النية[٥] .

---

(١) نقض فرنسى ٤ نوفبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ١٧٣ – جيوار فقرة ١٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٩٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١٢ .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ – الإسكندرية المختلطة أول مايو سنة ١٩٤٦م ٦٠ ص١ – بودرى وڤال فى الوكالةفقرة ٨٩٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ .

(٥) وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٧٠٥ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد فى هذا المعنى على ما يأتى : «لا يكون للغير علاقة بالموكل . ومع ذلك يجوز للموكل ، بحلوله محل الوكيل ، أن

٣١٧ – عدم انصراف الالتزامات إلى الموكل : كذلك لاتنصرف إلى الموكل الالتزامات الناشئة من تعاقد الوكيل المسخر مع الغير [١] . فإذا كان الوكيل قد سخر فى شراء أو بيع ، فإن الموكل لا يكون هو المدين بالثمن فى حالة الشراء ، ولاينقل الملكية والتسليم والضمان فى حالة البيع ، وإنما يكون المدين هو الوكيل كما قدمنا [٢] . ولايجوز للغير أن يتمسك بالمقاصة بين الحق الذى له فى ذمة الوكيل ودين فى ذمته للموكل [٣] . وإنما يجوز للغير أن يرجع على الموكل بالدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر [٤] ، كما يجوز له الرجوع بدعوى مباشرة على الموكل عند حلول هذا محل الوكيل ، أو حتى قبل هذا الحلول وتكون بمقدار ما عاد على الموكل من فائدة بموجب قواعد الإثراء بلا سبب [٥] .

ولما كانت الالتزامات لا تنصرف إلى الموكل على الوجه الذى قدمناه ، فإنه لا يجوز للموكل التمسك على الغير بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة ، كما لايجوز له الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل لمصلحة الغير اعتراض الخارج عن الخصومة ، وذلك لأن تصرف الوكيل لا يلزمه ، فليست له

= يستعمل الحقوق الناشئة من تنفيذ الوكالة ، دون أن يخل ذلك بالحقوق المخولة للوكيل بموجب نصوص المواد الآتية » . انظر فى ذلك فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

(١) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ – ١ – ٣٠٣ – ١٥ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ – ١ – ١٢٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٩٧ ص ٤٨٥ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٣ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٩٧ ص ٤٧٥ – وإذا سخر الموكل الوكيل فى ترتيب حق رهن رسمى على عقار ، فنقل للوكيل ملكية العقار لهذا الغرض ، ورتب الوكيل عليه حق الرهن الرسمى باسمه الشخصى ، فإن العقار يرتد للموكل مثقلا بالرهن ، ولا يجوز للموكل الاحتجاج بعدم رسمية سند التوكيل المستتر باعتباره توكيلا فى رهن رسمى فيجب أن يكون رسمياً . ذلك أن الموكل ، عند ما يسترد العقار مثقلا بالرهن ، يسترده بوصفه حائزاً للعقار لا بوصفه موكلا فى رهن رسمى ، ومن ثم يجوز له التطهير (قارن فى هذه المسألة پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢) .

(٤) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٥٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٩٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٣٣ .

(٥) باريس ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣٢ – ٢ – ٨٥ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ .

مصلحة لا فى التمسك بمجاوزة حدود الوكالة ولا فى الاعتراض على الحكم الصادر ضد الوكيل(١).

٣١٨ — علاقة الموكل بأغيار آخرين : وكما تقوم العلاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذى سخر للتعاقد معه ، كذلك تقوم العلاقة بين الموكل وأغيار آخرين . من هؤلاء دائنو الموكل ، ودائنو الوكيل ، والأشخاص الذين يتصرف لهم الوكيل فيما اشتراه بطريق التسخير.

فبالنسبة إلى دائنى الموكل ، نفرض أن الوكيل سخر فى شراء منزل لحساب الموكل أو أنه سخر فى بيعه . فإذا سخر الوكيل فى شراء منزل ، اعتبر المنزل مملوكاً له ، ولكن هذه الملكية مقيدة بالتزامه بنقلها للموكل منذ ثبوتها له كما قدمنا(٢). فباعتبار المنزل مملوكاً للوكيل لايجوز لدائنى الموكل أن ينفذوا عليه ، ولكن باعتبار الوكيل ملتزماً بنقل ملكية المنزل للموكل يجوز لهؤلاء الدائنين أن يطالبوا الوكيل بتنفيذ التزامه عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم الموكل ، فإذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل جاز لدائنيه أن ينفذوا عليه . وإذا تعارض دائنو الموكل مع دائنى الوكيل ، فقد قدمنا أن دائنى الوكيل يستطيعون ، إذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينتقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، أن يستوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه(٣) . فيستطيعون إذن أن يستوفوا حقوقهم فى هذه الحالة من ثمن المنزل فى مواجهة دائنى الموكل ، لأن ما يستطيعونه فى مواجهة الموكل يستطيعونه فى مواجهة دائنيه إذ أن هؤلاء إنما يستمدون حقهم من الموكل . أما إذا سخر الوكيل فى بيع منزل ، وتمهيداً لذلك نقل إليه الموكل ملكية المنزل ، فإن لدائنى الموكل أن يطعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البولصية إذا أثبتوا أن هناك تواطؤاً بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم(٤) . ولايجوز لهم

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٠ — نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ١ — ٢٨٢ — ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ — ١ — ١٣٧ — باريس ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٣ المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٥٣ — ١٥٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٤) وللدائنين كذلك أن يطعنوا فى التصرف بالصورية دون حاجة لإثبات التواطؤ (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ ص ٩٦٢) .

الطعن بالدعوى البولصية إذا باع الوكيل المنزل للغير تنفيذاً لوكالته ، إلا إذا أثبتوا أن هذا الغير كان هو أيضاً متواطئاً مع الوكيل .

وبالنسبة إلى دائني الوكيل ، قدمنا أن الموكل يستطيع استخلاص المنزل منهم إذا هو سجل سند نقل ملكية المنزل إليه من الوكيل قبل أن يسجل هؤلاء الدائنون التنبيه بنزع الملكية[١] . وإذا أفلس الوكيل ، فإن كان إفلاسه قبل أن تنتقل ملكية المنزل إلى الموكل ، كان هذا الأخير دائناً للتفليسة شأنه في ذلك شأن سائر دائني الوكيل . أما إذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل قبل شهر الإفلاس ، فإن الموكل يستطيع استرداده من التفليسة باعتباره مملوكاً له[٢] .

وبالنسبة إلى من تصرف له الوكيل في المنزل الذى اشتراه بطريق التسخير ، فإن الموكل يستطيع أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية باعتباره دائناً للوكيل إذا هو أثبت تواطؤ الوكيل مع المتصرف له إذا كان التصرف بعوض ، ودون حاجة لإثبات التواطؤ إذا كان التصرف تبرعاً ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية[٣] .

§ ٣ – علاقة الوكيل المسخر بالموكل

٣١٩ – تحديد هذه العلاقة – إثبات الوكالة المستترة : تقوم علاقة الوكيل المسخر بالموكل على الوكالة المستترة التي عقداها معاً ، وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الصورية إذ الوكالة المستترة هي العقد الحقيقي الذى يسرى في العلاقة ما بين المتعاقدين . وهذه الوكالة تجعل كلا منهما مرتبطاً بالآخر ارتباط الوكيل بالموكل . ولما كان الوكيل يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي فينصرف أثر التعاقد إليه كما قدمنا ، فإن الوكالة المستترة تقضى بنقل هذا

(١) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٢) قارن بودرى وقال في الوكالة فقرة ٨٩٠ .

(٣) أما التقنين المدنى الإيطالى الجديد فيجيز للموكل أن يسترد المنقول الذى اشتراه الوكيل لحسابه ، إلا إذا ثبت لحائز حسن النية حق على هذا المنقول . فتنص المادة ١٧٠٦ من هذا التقنين على أنه « يجوز للموكل أن يسترد الأشياء المنقولة التى ملكها الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل ، مع عدم الإخلال بالحقوق التى كسبها الغير بموجب الحيازة بحسن نية» . انظر في التقنين المدنى الإيطالى فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

الأثر من الوكيل إلى الموكل ، فتنتقل الحقوق والالتزامات من الأول إلى الثانى ، وهذا بخلاف الوكالة المكشوفة حيث لا حاجة لهذا النقل إذ أن الحقوق والالتزامات التى يعقدها الوكيل تضاف ابتداء إلى الموكل كما سبق القول . فنبحث إذن مسألتين : (أولا) علاقة الوكيل المسخر بالموكل هى علاقة وكيل بموكل . (ثانيا) نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل .

وقبل ذلك يجب على من يتمسك بالوكالة المستترة ضد الآخر أن يثبت وجودها[١] . ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة[٢] ، فإذا كانت القيمة تزيد على عشرة جنيهات لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإلا جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . على أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة ، فإذا وجدت كتابة تثبت أن شخصاً نقل ملكية شيء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات إلى شخص آخر ، وادعى الشخص الأول أن الشخص الثانى إنما هو وكيل عنه مسخر فى بيع هذا الشيء ، لم يجز له أن يثبت عكس ما بالكتابة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها[٣] .

٣٢٠ — علاقة الوكيل المسخر بالموكل هى علاقة وكيل بموكل :

لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة الذى أبرماه ، فإن هذا العقد يرتب فى جانب الوكيل وفى جانب الموكل جميع الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة فى جانب كل من الاثنين[٤] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ ابريل سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ — ١ — ٣٩٧ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٥٩ .

(٢) حتى لو كان العقد الذى أبرمه الوكيل المسخر ثابتا فى ورقة رسمية ومذكوراً فيه أن الوكيل تعاقد باسمه الشخصى ، فلا يطلب من الموكل لإثبات التسخير أن يطعن فى العقد بالتزوير ، لأنه لا ينازع فى صحة ما أدلى به الوكيل أمام الموثق الرسمى من أنه يتعاقد باسمه الشخصى (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٨) .

(٣) نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٥ — ١ — ١٤ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٨٨ .

(٤) نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٣٤٨ — ٣ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٥٦٧ — ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ١٧٤ — ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٤٢٨ — ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ١٤٠ — ترولون فقرة ٤٣ — پون ١ فقرة ١٠٧٩ — جيوار فقرة ٢٠٤ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٩٠ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٥ ص ٢٢٨ هامش ١ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٥٩ .

=

فيلتزم الوكيل بأن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة، وبالعناية الواجبة تبعاً لما إذا كانت الوكالة بأجر أوكانت غير مأجورة . ويلتزم بأن يقدم حساباً للموكل[1]، وبأن يوافيه بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة . ويلتزم أخيراً برد ما للموكل فى يده إليه[2] ، وسنرى أنه يلتزم كذلك بنقل الحقوق التى عقدها باسمه إلى الموكل كما يلتزم هذا الأخير بتحمل الالتزامات التى عقدها الوكيل . ولما كان العقد الذى يربط الطرفين أحدهما بالآخر هو عقد وكالة ، فإن ما يقع فى يد الوكيل للموكل بسبب هذه الوكالة يكون أمانة فى يده ، فإذا أخذه لنفسه كان مبدداً[3] . وقد سبق بيان كل ذلك .

= وتنتهى هذه العلاقة بالأسباب التى تنتهى بها الوكالة ، وسنرى أن الوكالة تنتهى بأسباب منها موت الوكيل أو موت الموكل أو عزل الوكيل أو تنحيه عن الوكالة (انظر فى أسباب انتهاء عقد التسخير بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٩٠٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤) . ويترتب على ذلك أن المسخر فى الخصومة إذا مات أوعزل أوتنحى انتهت الوكالة ، وحل الموكل محل الوكيل دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات التدخل فى الدعوى(نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ١ – ١٧ (١) – باريس ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٦ جازيت دى پاليه ١٩٤٧ – ١ – ١١٠) . وتعتبر الإجراءات التى تمت قبل الموت أو العزل أو التنحى صحيحة (نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ – ١ – ١٣٧ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٩١٨ – فقرة ٩١٩) . وإذا مات الموكل انتهى عقد التسخير ، ولم يجز بعد ذلك للمسخر أن يتصرف (استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٨) . ويجوز للموكل أن يعزل المسخر ، حتى لو كان بأجر (استئناف مختلط ٣ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ١٠) . ولو سخر شخص شخصاً آخر فى قبض حق له فحوله له تحويل تسخير ، جاز للموكل أن يعزل المسخر قبل أن يقبض الحق المحال به (استئناف مختلط ٣ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٩) .

(١) بل إن الوكيل المسخر إذا أناب عنه وكيلا ، وكان هذا الوكيل يعلم صفة موكله وأنه وكيل مسخر ، فإن علاقة مباشرة تنشأ بين نائب الوكيل المسخر والموكل ، ويلتزم الأول بتقديم حساب للثانى ، ولا تكون المخالصة التى يعطيها الوكيل المسخر لنائبه حجة على الموكل (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥) .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٧٦ – جيوار فقرة ٢١ – بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٨٩٢ .

(٣) نقض فرنسى ١٨ نوفبر سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٤– ١ – ٢٩٩ – ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ١٧٤ – بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٨٩٠ – وقد قضت محكمة النقض أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره ، وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه ، ومن حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتات عليه . ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء ، إلا من ناحية أن وكالته مستترة ، فكان الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه فى الواقع شأن الموكل ، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهراً وباطنا (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥) .

ويلتزم الموكل بأن يدفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وبأن يرد المصروفات التي أنفقها الوكيل في شؤون الوكالة ، وبأن يعوض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب تنفيذ الوكالة[1] . وقد سبق تفصيل هذه الالتزامات.

٣٢١ – نقل الحقوق والالتزامات من الوكيل المسخر إلى الموكل : وعلى الوكيل المسخر أن ينقل إلى الموكل الحقوق التي كسبها باسمه ، كما أن على الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل المسخر مما عقده باسمه من الالتزامات . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصين في هذا المعنى ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ من هذا المشروع (م٧٠٥ مدني) تنص على ما يأتي : « وعليه (الوكيل) أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل »[2]. فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لعدم ضرورتها »[3] ، والظاهر أن سبب الحذف هو الاكتفاء بالقواعد

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التعاقد على التسخير في عمل شيء باسم المسخر ولحساب المسخر ومن غير أن يظهر اسم هذا الأخير في هذا العمل مع الغير هو تعاقد صحيح قانونا لعدم مخالفته للقانون ولا النظام العام . وفي هذه الحالة يكون المسخر وكيلا للمسخر ، وتكون العلاقة القانونية بينهما علاقة وكيل بموكل تسرى عليها أحكام الوكالة . فالدعوى التي يرفعها المسخر بمطالبة المسخر بما دفعه لحسابه تقدر قيمتها بجميع المبلغ المدفوع من الوكيل بصرف النظر عن قيمته الأصلية ، لأن الموكل ملزم قانونا بأداء ما دفعه الوكيل لحسابه مع فوائده (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٦٦ ص ١٤٤) .

وانظر أيضاً : نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ٣٤٨ – ٣ مايو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ – ١ – ٥٦٧ – ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ١٧٤ – ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٤٢٨ – جيوار فقرة ٢٦ – بودرى ڤال في الوكالة فقرة ٨٩٢ .

والمسخر في الدعوى إذا حصل على حكم لصالحه يلتزم بنقله إلى الموكل مقابل دفع رسوم الحكم ، ولا يجوز له حبسه حتى يستوفى أجره من الموكل (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٧) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص : « وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه ، حتى لو كان الوكيل اسما مستعاراً يعمل باسمه الشخصي . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل ، فيجب أن ينزل له عنها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٧ – ص ٢٠٨) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٠٤ – وانظر آنفاً فقرة ٢٦٥ في الهامش .

العامة . وكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدى (م ٧١٠ مدنى) تنص على ما يأتى : « ويلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات ، تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً »[1]. فحذفت هذه الفقرة أيضاً فى لجنة المراجعة « لعدم الحاجة إليها »[2]، والظاهر أن سبب الحذف هنا أيضاً هو الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة .

والقواعد العامة تقضى بأن يلتزم الوكيل أو ورثته بنقل الحقوق التى كسبها باسمه الشخصى لحساب الموكل إلى هذا الأخير[3]، وتقضى بأن يلتزم الموكل أو ورثته بتحمل الالتزامات التى عقدها الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل[4] . ويتم نقل الحقوق وتحمل الالتزامات ، بالنسبة إلى الغير ، إما بعقد جديد يصدر من الوكيل إلى الموكل بنفس مشتملات العقد الأول ، وشروطه فتنتقل بموجبه الحقوق والالتزامات من ذمة الوكيل إلى ذمة الموكل ويصبح الموكل دائناً للوكيل بالحقوق ومديناً بالالتزامات[5] ، وإما بأن يحل

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : «أما الالتزامات التى عقدها الوكيل باسم الموكل فهى تنصرف إليه مباشرة ، والتى عقدها باسمه الشخصى يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها ، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٨ – وانظر آنفاً فقرة ٢٨٥ فى الهامش .

(٣) الإسكندرية المختلطة أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٦٠ ص ١ – نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٣ –١– ١٧٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤ – وانظر فى أنه إذا حصل الوكيل بالعمولة (وهو فى مقام الوكيل المسخر) المبلغ موضوع البروتستو لحساب موكله ، فإن هذا المبلغ يصبح واجب الأداء للموكل : نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ ص ٢٧٤ .

(٤) وذلك حتى قبل أن تصبح هذه الالتزامات مستحقة الأداء (نقض فرنسى ٨ مايو سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٣ –١– ٣٦٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير ، فهذا لا يغير من علاقته بالموكل ، وإذا حرر عقد الشراء باسمه تنفيذاً للوكالة ، ألزم الموكل بدفع الثمن للوكيل مقابل نقل تكليف المشترى من اسمه إلى اسم الموكل (نقض مدنى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٨ ص ١٣١) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أثبت الحكم أن البيع الصادر من مصلحة الأملاك إلى سيدة إنما تم على أساس الطلب المقدم منها ، والذى دلت ورقة الضد المؤرخة فى ذات تاريخه على أنه قدم فى الواقع لمصلحة زوجها ولحسابه ، فلا يكون لها أن تتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة لنفسها من دونه . ويجب أن ترد الأمور إلى نصابها الصحيح بنفاذ ورقة الضد المحتوية على الإقرار الصحيح بأن الشراء كان لزوجها ، وأن ظهورها هى كمشترية لم يكن إلا صورياً . وإذن فالملكية =

الوكيل الموكل محله فى العقد الذى أبرمه مع الغير ويشترك الغير فى هذا الإحلال فيصبح الموكل هو الدائن للغير بالحقوق والمدين له بالالتزامات[1]. فلو سخر الوكيل

= فى حدود العلاقة بين السيدة هذه وبين زوجها وورثته من بعده تكون لم تنتقل إليها وحدها ، بل إليها مع باقى الورثة . أما بينها وبين مصلحة الأملاك البائعة ، فالأمر يختلف (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤) .

وقد علق الأستاذ محمد حامد فهمى على هذا الحكم بما يأتى : « بهذا قطعت المحكمة بأن المتعاقد ، متى كان معيراً اسمه لغيره ، فهو فى خصوص علاقته بالأصيل المستتر وكيل مثل كل الوكلاء . وكل الحقوق وكل الواجبات المتولدة عن العقد إنما تكون للموكل أو عليه ، وإن يكن هذا الوكيل هو وحده صاحب الحقوق والملزم بالواجبات فى علاقته مع المتعاقد معه أو مع الغير عن عدا الموكل . وكذلك قطعت المحكمة – فيما أثاره الطاعن – بأن هذا الوضع لا يتغير إذا كان العقد تصرفاً فى عقار ، وبأن تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه ينقل الملكية إلى الأصيل المستتر . فإن أريد الاحتجاج بملكية الأصيل فى حق غير الوكيل ، وجب عندئذ – ولتحقيق هذا الغرض وحده – إصدار تصرف جديد إلى الأصيل وتسجيله . وتعتبر خزانة الدولة من الغير فى هذا الصدد ، ولذلك يكون من حقها أن تعتبر المال المتصرف فيه فى ملك الوكيل المعير اسمه وتفرض عليه ضريبة التركات إذا مات من قبل أن يقر به للأصيل ، وأن تعتبر إقرار الوكيل بملكية الأصيل تصرفاً ناقلا للملكية وتحصل عنه رسوم التسجيل » (مجموعة عمر ٥ ص ٦٦٦ هامش ١) .

ويتبين إذن من حكم محكمة النقض – منظوراً إليه فى ضوء هذا التعليق – أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر فى العلاقة ما بين الوكيل والموكل . أما بالنسبة إلى الغير ، فلابد من بيع جديد يصدر من الوكيل للموكل ويسجل . وقد أيدت محكمة النقض حكمها السابق بحكم آخر (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٦١ مجموعة عمر ١٢ رقم ١١٨ ص ٧١٣) .

(١) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠١ – نقض فرنسى ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٧–١–٩١– أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٠ ص ٢٠٤ – ص ٢٠٥ – بيدان ١٢ فقرة ٤١١ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٥٠٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤١ – جوسران ٢ فقرة ١٤٣٧ – فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص ٢٤٥ – ص ٢٤٦ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤١٤ .

ويجوز تطبيق قواعد الصورية فى التسخير ، فيجوز للغير ، إذا كان لا يعلم بالتسخير وقت التعاقد مع المسخر ثم علم به بعد ذلك ، أن يطعن فيه بالصورية فيكشف بذلك عن الحقيقة ومؤداها أن المسخر ليس إلا وكيلا عن الأصيل المستتر ، فينصرف أثر العقد إلى هذا الأخير كما فى الوكالة النيابية (نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ داللوز ١٨٩٢ – ١ – ٢٣٨ – جوسران ٢ فقرة ١٤٣٧ ص ٧٨١) . كذلك إذا كان الغير يعلم بالتسخير وقصد أن يتعامل مع الموكل ، فقد قدمنا أن أثر العقد ينصرف إلى هذا الأخير (انظر آنفاً فقرة ٣١١) .

أما إذا كان الغير يعلم بالتسخير ولكنه قصد أن يتعامل مع الوكيل المسخر لا مع الموكل ، فإن أثر العقد ينصرف إلى الوكيل (انظر آنفاً فقرة ٣١١ – بيدان ١٢ فقرة ٣٣٨ – ٢ و ٣ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٤١٤ – فقرة ٤١٥) .

وهناك آراء تذهب إلى تقريب وكالة المسخر من الوكالة النيابية ، فتقيم علاقة مباشرة بين الغير =

فى شراء أرض ، فإن ملكية الأرض تنتقل أولا من البائع إلى الوكيل المسخر ، ثم تنتقل بعد ذلك من الوكيل المسخر إلى الموكل[١] . ويجب إذن دفع رسوم نقل الملكية مرتين ، المرة الأولى عند نقلها إلى الوكيل المسخر[٢] ، والمرة الثانية عند نقلها إلى الموكل[٣] . كذلك ينشأ الحق فى الأخذ بالشفعة مرتين ، المرة الأولى فى البيع الذى صدر من البائع للوكيل المسخر ، والمرة الثانية فى البيع الذى صدر من الوكيل المسخر للموكل. ويستطيع الموكل أن يجبر الوكيل قضاء بنقل الحقوق إليه ، كما يستطيع الوكيل أن يجبر الموكل قضاء بتحمل الالتزامات عنه ، وذلك طبقاً للقواعد العامة[٤] . ولايكون لنقل الحقوق والالتزامات من الوكيل إلى الموكل أثر رجعى[٥] ، فيعتبر النقل قد تم من وقت حصوله بين الوكيل والموكل لا من وقت تعاقد الوكيل مع الغير .

= والموكل ، وتعتبر الموكل هو صاحب الحق المباشر تجاه الغير دون أن يتلقى هذا الحق من الوكيل المسخر ، ولكن الوكيل المسخر يبقى كفيلا للموكل قبل الغير (ليريبور بيچونيير فقرة ١٠١ ص ٢٣٢) . ومن هذه الآراء ما يسلم بأن استناد العقد إلى الإرادة يقتضى ألا تقوم علاقة مباشرة ما بين الموكل والغير ، فقد أراد أصحاب الشأن أن تقوم علاقة ما بين الموكل والوكيل وأخرى ما بين الوكيل والغير ، دون أن تندمج العلاقتان إحداهما بالأخرى ، أما إذا استند العقد إلى الهدف الاقتصادى المقصود (**but économique visé**) ، فإن العلاقتين تندمجان إحداهما فى الأخرى ، ويرجع الموكل مباشرة على الغير (انظر فى هذا المعنى فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص ٢٤٤ — ص ٢٤٧) .

(١) فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص ٢٤٤ — وإذا عقد الوكيل المسخر صلحاً مع الغير ، وعلم هذا الأخير بصفة الوكيل المسخر ، وجب أن يتحقق من أن الوكالة المستترة الصادرة للوكيل تشمل الصلح (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٦٩ سيريه ٦٩ — ١ — ١٨٤ — ١١ أبريل سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ — ١ — ١٩٩ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٧ — ١ — ٩٢ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٨٩١ ص ٤٧٢ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٦٠ .

(٤) وقد قضى تطبيقاً لذلك أنه لا يوجد ما يمنع الموكل من أن يطالب بدعوى أصلية وكيله المسخر ، الذى صدر حكم لصالحه تنفيذاً لعقد التسخير ، أن ينقل إليه هذا الحكم . ويجوز أيضاً للموكل أن يتدخل فى التوزيع ليحل محل الوكيل المسخر ، ولكن يجب أن يدخل الوكيل فى الدعوى (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٠) .

(٥) وقد تقدم أنه طبقاً لقضاء محكمة النقض يتم نقل الملكية من الغير إلى الموكل — فى العلاقة فيما بين الوكيل والموكل — بمجرد تسجيل التصرف الذى عقده الوكيل مع الغير (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمى — وانظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) .

وإذا نقل الوكيل الحقوق إلى الموكل ، فالأصل أنه يضمن للموكل تنفيذها ، أى أنه يضمن يسار الغير . لأن المفروض أن الموكل لم يرض بالغير مديناً بدلا من الوكيل إلا على هذا الشرط . ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك ، وعلى ألاّ يضمن الوكيل للموكل إلا وجود الحق فى ذمة الغير طبقاً للقواعد المقررة فى حوالة الحق[1] . وإذا تحمل الموكل بالالتزامات بدلا من الوكيل ، فالأصل أن يبقى الوكيل ضامناً للغير يسار الموكل ، لأن المفروض هنا أيضاً أن الغير لم يرض بالموكل مدينا بدلا من الوكيل إلا على هذا الشرط. ولكن يجوز الاتفاق على غير ذلك ، وعلى ألا يضمن الوكيل للغير إلا يسار الموكل وقت إقرار الغير للحوالة طبقاً للقواعد المقررة فى حوالة الدين .

---

(١) أما التقنين المدنى الإيطالى الجديد فقد عكس الحكم ، إذ قضت المادة ١٧١٥ من هذا التقنين على ما يأتى : « لا يكون الوكيل الذى يتعاقد باسمه الشخصى مسئولا نحو الموكل عن عدم تنفيذ الغير الذى تعاقد معه للالتزامات التى عقدها هذا الأخير ، إلا إذا كان إعسار الغير قائماً أو يجب أن يكون قائما وقت التعاقد معه ، وهذا كله ما لم يوجد شرط يخالفه » . انظر فى التقنين المدنى الإيطالى فى هذه المسألة فلاتيه فى العقود لحساب الغير فقرة ١٦٧ ص ٢٣٧ هامش ١ .

الفصل الثالث

انتهاء الوكالة

٣٢٢ — نص قانونى : تنص المادة ٧١٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه ، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ، وتنتهى أيضاً بموت الموكل أو الوكيل »[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٢٩/٦٥٠[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٨٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧١٤ . وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٤٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٨٠٨ — ٨٠٩[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٠) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٥٢٩/٦٥٠ : ينتهى التوكيل بالعزل وبإتمام العمل الموكل فيه وبعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما . (وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٤٦ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٠٨ : تنتهى الوكالة : أولا — بانتهاء العمل الذى أعطيت لأجله . ثانيا — بتحقيق شرط الإلغاء أو بحلول الأجل المعين للوكالة . ثالثا — بعزل الموكل للوكيل . رابعا — بعدول الوكيل عن الوكالة . خامسا — بوفاة الموكل أو الوكيل . سادسا — بحدوث تغيير فى حالة الموكل أو الوكيل يفضى إلى فقدانه الأهلية الشرعية لاستعمال حقوقه ، مثل الحجر وإعلان الإفلاس ، ما لم يكن موضوع الوكالة من الأعمال التى يمكن إتمامها بالرغم من ذلك التغيير . سابعا — باستحالة التنفيذ الناشئة عن سبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين المتعاقدين . —

٣٢٣ — أسباب انتهاء الوكالة : ويتبين من النص سالف الذكر أن الوكالة تنتهى بأسباب مختلفة ، يمكن تقسيمها إلى فئتين :

أولا — أسباب ترجع إلى القواعد العامة : ومن هذه الأسباب ما تنتهى به الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها ، وهذه هى إتمام العمل محل الوكالة ، وانقضاء الأجل المعين لها . ومنها ما تنتهى به الوكالة قبل التنفيذ ، من ذلك استحالة التنفيذ ، والإفلاس ونقص الأهلية ،والفسخ وتحقق الشرط الفاسخ .

ثانيا — أسباب خاصة بعقد الوكالة : وهذه ترجع إلى خاصتين من خصائص هذا العقد . أولها أن الوكالة يتغلب فيها الاعتبار الشخصى ، ويترتب على ذلك أنها تنتهى بموت الوكيل وبموت الموكل . والثانية أن الوكالة عقد غير لازم ، ويترتب على ذلك أنها تنتهى بعزل الوكيل وكذلك بتنحيه عن الوكالة .

٣٢٤ — الأحكام التى تترتب على الوكالة بعد انتهائها — نص قانونى : وأيا كان السبب الذى تنتهى به الوكالة ، فإن هناك أحكاماً تترتب عليها بعد انتهائها ، نذكر منها ما يأتى :

أولا — تنتهى الوكالة بأثر رجعى ، فتبقى الآثار التى رتبتها وقت أن كانت قائمة ، ولاتزول هذه الآثار بزوالها[1]. فإذا انتهت الوكالة بموت الوكيل أو بعزله مثلا ، فإن التصرفات القانونية التى باشرها الوكيل قبل الموت أوالعزل تبقى قائمة منتجة لآثارها وفقاً لقواعد الوكالة[2] . ويلتزم الموكل بدفع أجر الوكيل إلى وقت انتهاء الوكالة[3] ، وبرد المصروفات التى أنفقها الوكيل وقت

= م ٨٠٩ : إن الوكالة المعطاة من شخص معنوى أو شركة تنتهى بزوال هذه الشركة أوذاك الشخص . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ١٨٨ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٦٣ وما بعدها — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٨ ص ٩٣٣ .

(٢) پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٨ ص ٩٣٣ .

(٣) ولا يتقاضى الوكيل أجراً بعد ذلك ، حتى لواستمر فى تنفيذ الوكالة (لوران ٢٨ فقرة ٢٨ — جيوار فقرة ١٦٧ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٦٣) ، وذلك ما لم يكن يجهل انتهاء الوكالة فإنه يبقى وكيلا ويتقاضى الأجر حتى يعلم بانتهائها .

أن كانت الوكالة قائمة وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن(١) ، وبتعويض الوكيل عن الضرر الذى أصابه بسبب تنفيذ الوكالة قبل انتهائها . وكذلك يلتزم الوكيل أوورثته ببذل العناية الواجبة فيما قام بتنفيذه من أعمال الوكالة ، وبتقديم حساب عن هذه الأعمال ، وبرد ما تحت يده للموكل بسبب الوكالة(٢) .

ثانيا — لا تنتهى الوكالة بمجرد تحقق سبب انتهائها ، بل يجب أن يعلم الوكيل بسبب الانتهاء ، فتنتهى من وقت هذا العلم . وسنرى ، تطبيقاً لذلك ، أن الوكالة لا تنتهى بموت الموكل أوبعزل الوكيل إلا إذا علم الوكيل بالموت أو بالعزل . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً فى هذا المعنى ، فكانت الفقرة الأولى من المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أن « تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل ، حتى لوكانت قد انتهت ، ما دام لا يعلم بانتهائها »(٣) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة دون أن يذكر سبب حذفه ، ويغلب أن يكون ذلك راجعاً للاكتفاء بالقواعد العامة(٤). وحتى لوعلم الوكيل بانتهاء الوكالة وتعامل بعد ذلك باعتباره وكيلا مع شخص حسن النية توهم استمرار الوكالة بسبب مظهر خارجى لها منسوب للموكل ، فإنه

---

(١) سواء كانت الوكالة غير مأجورة أوكانت مأجورة (نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٨٩٠ بانديكت ٩١ — ١ — ٧٩ — جيوار فقرة ٢٢٥ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٤) . ولا يسترد الوكيل المصروفات التى أنفقها فى إقامة أجهزة ومعدات لحسابه الخاص ولو أقامها من أجل تنفيذ الوكالة (نقض فرنسى ١٨ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢ — ١ — ٣٣٧ — بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٤) . ويسترد المصروفات التى أنفقها بعد انتهاء الوكالة إذا استمرت الوكالة تنتج آثارها ، كما إذا كان الوكيل لم يعلم بانتهائها أوكان ملتزماً بأن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف وفقاً لأحكام المادة ٧١٧ مدنى كما سنرى (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٥ ص ٤٥٩) .

(٢) ويكون للوكيل حق الحبس حتى يستوفى حقوقه قبل الموكل (بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٦٦) .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « على أنه مهما كان السبب فى انتهاء الوكالة ، فادام الوكيل لا يعلم بانتهائها فهى قائمة حتى يعلم ، كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك ، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٥) . وقد نصت الفقرة الثالثة من التقنين المدنى الليبى فى هذا المعنى على ما يأتى : « وتعد صحيحة قبل الموكل أوورثته الأعمال التى قام بها الوكيل قبل علمه بانتهاء الوكالة » .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ فى الهامش ، وانظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثانى .

يتخلف عن الوكالة الحقيقية. وكالة ظاهرة تنتج نفس آثار الوكالة الحقيقية بالنسبة إلى الغير حسن النية ، وفقاً للقواعد التي سبق تفصيلها في الوكالة الظاهرة[1] .

ثالثا — تنص المادة ٧١٧ من التقنين المدني على ما يأتي : « ١ — على أي وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف . ٢ — وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل »[2] . والمفروض هنا أن الوكالة لم تنته بإتمام العمل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٦ — فقرة ٣٠٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٨ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٦ — وص ٢٣٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٥٢٢/٦٤٠ : لا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة في وقت غير لائق . ويجب عليه إذا انتهى توكيله بأي صورة غير عزله من الموكل عزلا بتياً أن يجعل الأعمال التي تبدأها في حالة تقيها من الأخطار . (وأحكام التقنين المدني القديم تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، غير أن التقنين القديم استثنى حالة عزل الوكيل ولم يستثنها التقنين الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٧/١ و٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٤٩ (تطابق الفقرة الأولى من المادة ٧١٧ مدني مصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٨١٥/٢ : ويكون الوكيل ضامناً لكل ما يمكن أن يحدثه هذا العدول (عن الوكالة) من العطل والضرر للموكل إذا لم يقم بما يجب من التدابير لصون مصالح موكله صيانة تامة إلى أن يتمكن الموكل نفسه من القيام بما يجب .

م ٨٢٠ : إذا انتهت الوكالة بوفاة الموكل أو بإفلاسه أو بفقدانه الأهلية ، وجب على الوكيل ، إذا كان في التأخر خطر ، أن يتم ما ابتدأ به حسبما تستلزمه الضرورة ، وأن يقوم بكل ما تقتضيه الظروف لمصلحة الموكل إذا لم يكن ثمة وارث ذو أهلية أو ممثل شرعي للموكل أو للوارث — ويحق للوكيل من جهة أخرى أن يسترد ما يكون قد أسلفه أو أنفقه لتنفيذ الوكالة طبقاً للقواعد المختصة بالفضولي .

الموكل فيه أو بانقضاء الأجل ، وإن كان الوكيل قد بدأ تنفيذ الوكالة[1] . ولذلك يجب على الوكيل ، بالرغم من انتهاء الوكالة بالعزل أو التنحى أو موت الموكل أوغير ذلك من الأسباب « أن يتخذ من الأعمال التحفظية مايصون به مصلحة الموكل . فإذا كان قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه ، وجب عليه أن يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مضمونة ، دون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله[2] . أما إذا كانت الوكالة قد انتهت بموت الوكيل ، فعلى الورثة ، الذين توافرت فيهم الأهلية[3] وكانوا يعلمون بالوكالة ، أن يتخذوا هذه التدبيرات العاجلة ، وعليهم أن يبادروا

= م ٨٢١ : إذا توفى الوكيل وكان الورثة عالمين بوجود الوكالة ، وجب عليهم أن يبلغوا بلا إبطاء خبر الوفاة – وعليهم أيضاً أن يحتفظوا بالوثائق وغيرها من الأوراق المختصة بالموكل . وأن يتخذوا جميع الوسائل اللازمة لصيانة مصالحه – على أن أحكام هذه المادة لا تسرى على الورثة القصر ماداموا بلا وصى . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) ونص المادة ١/٧١٧ مدنى صريح فى وجوب أن يكون الوكيل قد بدأ تنفيذ الوكالة إذ تقول : « يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها » . انظر عكس ذلك بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٥٥ – جيوار فقرة ٢٣٤ (والمادة ٢/١٩٩١ مدنى فرنسى صريحة فى أن الوكيل يتم ما بدأ عمله ، أما المادة ٢٠١٠ مدنى فرنسى فلم يرد فيها شرط أن يكون الوكيل قد بدأ العمل) .

(٢) وفى قضية أعلن المستأنف استئنافه لخصمه بمكتب محاميه الذى كان يدافع عنه أمام المحكمة الابتدائية ، فرفض كاتب المحامى تسلم الإعلان لانتهاء وكالة المحامى ، فأعلن الاستئناف لشيخ البلد . ودفع المستأنف عليه بعدم قبول الاستئناف لعدم صحة الإعلان ، فقضت المحكمة برفض هذا الدفع لأن المادة ٣٦٥ مرافعات (قديم) أجازت إعلان عريضة الاستئناف لنفس الخصم أو لمحله الأصلى أو المختار ، ولأن المادة ٧ أجازت فى حالة الامتناع عن التسلم إعلانها لشيخ البلد ، ولأن عزل الوكيل عن الوكالة لا يسرى على الغير إلا من يوم إعلانه به ، وأخيراً لأن الوكيل بالرغم من عزله ملزم بالقيام بجميع الأمور المستعجلة التى يخشى فيها على مصلحة موكله (استئناف وطنى ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١ ص ٢٧) .

(٣) فيجب إذن أن يكون الورثة قد توافرت فيهم الأهلية اللازمة للقيام بهذه الأعمال التحفظية ، فإذا لم تتوافر فيهم هذه الأهلية فلا التزام عليهم حتى لو كان لهم نائب يمثلهم ويستطيع أن يقوم عنهم بهذه الأعمال (نقض فرنسى جنائى ٣ يناير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ –١– ٤٠١) . قارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢/٨٢١ (آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) ، وهو لا يجعل هذا الالتزام يسرى على الورثة القصر « ماداموا بلا وصى » ، فلو كان لهم وصى وجب عليه أن يقوم عنهم بهذا الالتزام . وانظر فى معنى التقنين اللبنانى بودرى وقال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ . پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ .

بإخطار الموكل بموت مورثهم حتى يدبر أمره . وهذا هو الحكم أيضاً فى ورثة الفضولى »[1] . ويدخل أيضاً فى هذه الأعمال التحفظية الاحتفاظ بالوثائق وغيرها من الأوراق الخاصة بالموكل ، وبوجه عام القيام بكل ما تقتضيه الظروف واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل ، وذلك إلى أن يتمكن الموكل نفسه ، أو النائب عنه فى حالة إفلاسه أو نقص أهليته ، أو ورثته أو النائب عنهم فى حالة موته[2] ، من أن يتولوا بأنفسهم الأعمال التى سبق التوكيل فيها[3] . وتعتبر الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية ، ويترتب على قيامها بقاء التزامات كل من الوكيل والموكل[4] ، فيكون الوكيل أو ورثته ملتزمين ببذل العناية الواجبة فى القيام بهذه الأعمال[5] وبتأدية حساب عنها ، ويكون الموكل أو ورثته ملتزمين بالأجر وبرد المصروفات[6] وبالتعويض عن الضرر .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٨ – والأمر فى تقدير الأحوال التى توجب على الوكيل جعل الأعمال التى ابتدأها فى حالة تقيها من الأخطار متروك لمحكمة الموضوع ، ولا معقب عليها فيه متى كانت قد استندت إلى أسباب صحيحة تبرره (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٤ ص ٦٦٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٨ .

(٣) فإذا لم يستطع ورثة الوكيل أن يعثروا على الموكل ، أو لم يتمكنوا من إخطاره بموت مورثهم ، جاز لهم أن يطلبوا من القضاء أن يحل محلهم حارس قضائى (بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢) .

(٤) جيوار فقرة ٢٣٨ – بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٨٥٩ ص ٤٥٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨٩ – نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ – ١ – ٦٢ – ٣ يناير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ – ١ – ٤٠١ (يصح أن يكون الوكيل أو ورثته مسئولين جنائياً عن التبديد) .

(٥) وتختلف هذه العناية الواجبة ، كما هو معروف ، فى الوكالة المأجورة عنها فى الوكالة غير المأجورة (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٧) .

(٦) قارن م ٢/٨٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) : حيث تجعل الرجوع بالمصروفات على أساس قواعد الفضالة لا قواعد الوكالة ، على خلاف الفقه والقضاء فى فرنسا على ما قدمنا . هذا ويكون التزام ورثة الوكيل أو ورثة الموكل فى حدود التركة .

الفرع الأول

انتهاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة

§ ١ – انتهاء الوكالة انتهاء مألوفاً عن طريق تنفيذها

٣٢٥ — إتمام العمل محل الوكالة : تنتهى الوكالة بداهة بإتمام الوكيل العمل الذى وكل فيه[١] . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كانت الوكالة قد انتهت بإنجاز العمل[٢] .

وقد يعين المتعاقدان أجلا يتم فيه الوكيل العمل . ويرجع فى ذلك إلى قصد المتعاقدين ، فإن قصدا أن يتم العمل حتما فى خلال الأجل المعين ، كما إذا كان الموكل على أهبة السفر وكان الوكيل موكلا فى شراء شىء هو من حاجيات السفر ، فإذا انقضى الأجل وسافر الموكل دون أن يتم الشراء انتهت الوكالة . ويكون المقصود من تحديد الأجل فى هذه الحالة أن تنتهى الوكالة إما بشراء الشىء المطلوب أو بانقضاء الأجل قبل شرائه . أما إذا لم يقصد المتعاقدان من تحديد الأجل إلا تقدير وقت تقريبى يتم فيه الوكيل عمله ، فإن الوكالة لا تنتهى حتما بانقضاء الأجل ، بل يجوز للوكيل المضى فى تنفيذ الوكالة حتى بعد انقضاء الأجل إذا كانت هناك ظروف تبرر هذا التأخر[٣] .

وكما تنتهى الوكالة بإتمام العمل ، تنتهى كذلك بعدم النجاح فى العمل . ومتى استخلصت المحكمة لأسباب سائغة أن الوكيل لم ينجح فى العمل الموكل فيه ، فانتهت بذلك مهمته ، فإن استخلاص المحكمة لهذه النتيجة هو استخلاص موضوعى ، ولامخالفة فيه للقانون[٤] .

---

(١) ترولون فقرة ٧٦٠ وفقرة ٧٦٥ وفقرة ٨٢٥ – پون ١ فقرة ١١٥٣ – جيوار فقرة ٢٤٦ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٤٨ ص ٤٥١ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

(٢) نقض فرنسى ٥ أغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١ – ١ – ١٦٦ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٨٤٩ .

(٣) نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٤ داللوز فى القضاء العام (D. Jur. Gen.) لفظ Mandat فقرة ٤٢١ – باستيا ١٩ ديسمبر سنة ١٨٦٥ تحت حكم النقض الفرنسى ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧ – ١ – ٣٤٥ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

(٤) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٥ ص ٤٨٩ .

٣٢٦ — **انقضاء الأجل** : والمفروض هنا أن تكون الوكالة فى أعمال مستمرة كالتوكيل فى الإدارة ، ويحدد المتعاقدان أجلاتنتهى بانقضائه الوكالة . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر فى إدارة مزرعته أومصنعه أومتجره لمدة سنة . فقياس الوكالة هنا لابالأعمال التى تتم ، بل بالمدة التى تنقضى فى تنفيذ هذه الأعمال ، وتكون الوكالة فى هذه الحالة كالإيجار عقداً زمنياً . ومن ثم تنتهى بانقضاء الأجل المحدد لها[١] ، وإذا استمر الوكيل بعد انقضاء الأجل قائماً بتنفيذ الوكالة بعلم الموكل ودون معارضته ، كان هناك تجديد ضمنى للوكالة على مثال التجديد الضمنى للإيجار .

وقد يكون الأجل المحدد للوكالة أجلا غير معين (terme incertain) لا يعرف ميعاد حلوله . مثل ذلك أن يوكل شخص شخصاً آخر فى إدارة أمواله طول مدة غيابه فى سفر بعيد ، فتنتهى الوكالة بعودة الموكل من السفر دون أن يكون ميعاد هذه العودة معروفا[٢] . كذلك يجوز أن يوكل شخص شخصاً آخر مدة حياة الموكل أومدة حياة الوكيل ، والحياة كما هو معروف أجل غير معين[٣] . وفى هذه الحالة تنتهى الوكالة بموت أى من المتعاقدين ، لأن الموت أجل بالنسبة إلى أحدهما وتنتهى به الوكالة حتما بالنسبة إلى الآخر ، وكذلك تنتهى بعزل الوكيل[٤] أوبتنحيه عن الوكالة كما سيجىء :

---

(١) وإذا باشر الوكيل تصرفاً بعد انقضاء الأجل وانتهاء الوكالة دون أن تجدد تجديداً ضمنياً ، فإن أثر هذا التصرف لا ينصرف إلى الموكل إلا فى حالة الوكالة الظاهرة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٤٠) . ويكون التاريخ العرفى للتصرف حجة على الموكل ، إذ هو ليس من الغير حتى يستلزم تاريخاً ثابتاً ليكون حجة عليه . ولكن يجوز له أن يثبت بجميع الطرق ، ومنها المبينة والقرائن ، أن التاريخ العرفى قد قدم ليقع قبل انقضاء أجل الوكالة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٤٠ هامش ٣٠) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان التوكيل مطلقاً غير مقيد بمدة معينة ولا بعمل معين ، فالظاهر استمراره ، ومن ادعى خلاف ذلك عليه الإثبات (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٧ ص ٥٧٢) .

(٢) جيوار فقرة ٢٤٧ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٤٨ .

(٣) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٤٩ .

(٤) محمد على عرفة ص ٤٢٩ .

§ ٢ – انتهاء الوكالة قبل التنفيذ

٣٢٧ – **استحالة التنفيذ** : تنص المادة ٣٧٣ مدنى على أن « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » . وهذا النص يسرى على الوكالة كما يسرى على غيرها من العقود[1] . فإذا وكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزل ، واحترق المنزل بعد التوكيل ، فإن التزامات الوكيل تنتهى باستحالة تنفيذها ، ومن ثم تنتهى الوكالة[2] . وإذا وكل شخص شخصاً آخر فى إدارة أموال له ، ثم وضعت هذه الأموال تحت الحراسة القضائية يتولى إدارتها حارس قضائى بدلا من الوكيل ، انتهت الوكالة لاستحالة تنفيذ التزامات الوكيل .

والاستحالة فى المثل الأول استحالة مادية ، وهى فى المثل الثانى استحالة قانونية .

٣٢٨ – **الإفلاس ونقص الأهلية** : وإذا أفلس الموكل أو أفلس الوكيل ، فإن الوكالة تنتهى . ذلك أن الموكل المفلس لا يستطيع مباشرة التصرف فى أمواله أو إدارتها بنفسه ، فأولى ألا يستطيع ذلك بوكيل ، والوكيل المفلس قد غلت يده عن أمواله فأولى أن تغل عن أموال موكله[3] . والإعسار كالإفلاس

---

(١) وتنص المادة ٨٠٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن « تنتهى الوكالة . . سابعا – باستحالة التنفيذ الناشئة عن سبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين المتعاقدين » .

(٢) ترولون فقرة ٧٥٩ – جيوار فقرة ٢٤٥ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤٦ .

(٣) لوران ٢٨ فقرة ٩٢ – جيوار فقرة ٢٤٣ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ . ويترتب على ذلك أنه إذا ظهر شخص لآخر سنداً إذنياً تظهيراً غير مستوف للشروط فاعتبر التظهير بمثابة توكيل ، ثم أفلس المظهر ، لم يستطع المظهر له قبض السند لانتهاء التوكيل بإفلاس الموكل (نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٤٠٨ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤١) . ولكن لا تنتهى الوكالة بالإفلاس أو الإعسار ، إذا كانت جزءاً غير قابل للتجزئة من مجموع تعاقدى لا ينتهى بالإفلاس أو الأعسار ، كما إذا أعطى المؤمن له شركة التأمين توكيلا فى أن تتولى الدفاع عنه فى القضية التى ترفع بشأن الخطر المؤمن منه ، وأفلس المؤمن له ، فإن التوكيل يبقى بالرغم من إفلاسه (نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ٣٠٠ – ٣١ يوليه سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٨١ – اوبران ٢٨ فقرة ٩٥ – جيوار فقرة ٢٤٤ – بون ١ فقرة ١١٤١ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٤٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣) .

فى ذلك، فإذا شهر إعسار أى من الموكل والوكيل انتهت للوكالة . وإذا أفلس الموكل أو أعسر ، جاز للوكيل التمسك بانتهاء الوكالة كما يجوز ذلك لدائنى الموكل ، ولكن لا يجوز للموكل نفسه أن يتمسك بذلك، كما لايجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الوكيل قبل أن يعلم بالإفلاس أو الإعسار[١] . أما إذا أفلس الوكيل أو أعسر ، فإن للموكل أن يتمسك بانتهاء الوكالة ، ولايجوز ذلك للوكيل[٢] . وإذا تعدد الموكلون أو الوكلاء وأفلس أحدهم أو أعسر ، فإن الوكالة تنتهى بالنسبة إليه وحده ، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة[٣].

وإذا طرأ نقص على أهلية الموكل أوعلى أهلية الوكيل ، كأن حجر على أى منهما ، انتهت الوكالة . فإذا حجر على الموكل فأصبح غير أهل للتصرف القانونى الذى صدر منه التوكيل فيه ، انتهت الوكالة ، لأن الوكيل لايستطيع مباشرة هذا التصرف ، إذ لا يمكن أن ينصرف أثر التصرف إلى الموكل وهو غير أهل له[٤] . ومن هنا قررنا أن العبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل التصرف فى آن واحد[٥] . لكن إذا كان الحجر على الموكل ليس من شأنه أن يجعله غير أهل للتصرف الذى صدر منه التوكيل فيه ، كأن كان التصرف من أعمال الإدارة وكان الموكل مأذوناً له فى إدارة أمواله ، فإن الوكالة لا تنتهى ويبقى الوكيل ملزماً بالمضى فى تنفيذ الوكالة[٦] . أما إذا حجر على الوكيل، فإنه يصبح غير أهل للالتزامات

---

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٩١ – جيوار فقرة ٢٤٤ – بون ١ فقرة ١١٤٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٤٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ – فلا يجوز للوكيل أن يتمسك ببطلان التصرف الذى باشره وهو مفلس .

(٣) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٣ .

(٤) ولا تنتهى الوكالة إلا إذا علم الوكيل بالحجرعلى الموكل . وقد لا تنتهى الوكالة بالرغم من الحجرعلى الموكل ، إذا اعتمد القيم الوكالة وطلب من الوكيل الاستمرار فى مهمته (پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص ٩٤٤) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٦) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص ٩٤٤ – أما إذا أصيب الموكل بجنون أو عته دون أن يحجر عليه ، فإن الوكالة لا تنتهى إذا لم يعلم الوكيل بذلك (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٤٠ : ويذهبان إلى أن الوكالة لا تنتهى حتى لو كان الجنون أو العته أمراً بينا).

الناشئة عن الوكالة(١) ، حتى لو بقى أهلا لمباشرة التصرف الموكل فيه ، ومن ثم تنتهى الوكالة(٢) .

٣٢٩ — الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ : ويجوز إنهاء الوكالة عن طريق طلب فسخها إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته ، وذلك طبقاً للقواعد العامة(٣) . فيجوز للوكيل طلب فسخ الوكالة ، ويلجأ إلى طلب الفسخ فى الأحوال التى لا يجوز له فيها التنحى عن الوكالة كما سيجىء ، أو إذا أراد أن يطالب الموكل بالتعويض إلى جانب الفسخ ، أو إذا أراد أن يتوقى هو رجوع الموكل عليه بالتعويض . كذلك يجوز للموكل طلب فسخ الوكالة لإخلال الوكيل بالتزاماته ، وذلك أيضاً فى الأحوال التى لا يجوز له فيها عزل الوكيل ، أو إذا أراد مطالبته بالتعويض إلى جانب الفسخ ، أو إذا أراد توقى رجوع الوكيل عليه بالتعويض(٤) .

وتنفسخ الوكالة إذا علقت على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط ، وذلك طبقاً للقواعد العامة . فتنفسخ الوكالة بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لأى إجراء آخر ، ومن ثم لا يحتاج انفساخها إلى إرادة الوكيل كما فى التنحى ، أو إلى إرادة الموكل كما فى العزل .

---

(١) محمد على عرفة ص ٤٢٨ .

(٢) وإذا أصيب الوكيل بالجنون أو العته دون أن يحجر عليه ، فإن الوكالة تنتهى كذلك لانعدام التمييز عند الوكيل ، وهذا ما لم يكن الغير الذى تعاقد مع الوكيل حسن النية لا يعلم بجنون الوكيل أو عتهه ، وذلك تطبيقاً لقواعد الوكالة الظاهرة (إكس ١٩ نوفبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ٢ — ١٥٦ — جيوار فقرة ٢٤٢ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٦ ص ٩٤٣) . انظر مع ذلك بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٤٠ ، ويذهبان إلى أن جنون الوكيل أو عتهه دون الحجر عليه لا ينهى الوكالة حتى لو كان الغير الذى يتعاقد معه يعلم بهذا الجنون أو العته لأنه لا تشترط الأهلية فى الوكيل ، ولكن إذا استغل الغير جنون الوكيل أو عتهه فى تعاقده معه فإنه لا يستطيع أن يحتج على الموكل بهذا التعاقد . وانظر أيضاً فى هذا المعنى الأخير محمد على عرفة ص ٤٢٨ .

(٣) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ — ١ — ٣٥٠ — ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ١ — ٢٩٥ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٧ .

(٤) پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٨٩ .

الفرع الثانى

انتهاء الوكالة لأسباب خاصة بها

§ ١ – أسباب ترجع إلى أن الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصى

٣٣٠ – موت الوكيل : تنتهى الوكالة بموت الوكيل ، لأن الموكل قد اختاره وكيلا لاعتبار شخصى فيه ، فلا تحل ورثته محله بعد موته ، وإذا كان الوكيل شركة أو شخصاً معنوياً آخر ، انتهت الوكالة بحله ولو كان هذا الحل اختيارياً ، لأن الحل بالنسبة إلى الشخص المعنوى هو بمثابة الموت بالنسبة إلى الشخص الطبيعى[١]. وإذا تعدد الوكلاء ومات أحدهم ، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم إذا كان الباقون يملكون أن يستقلوا بتنفيذ الوكالة[٢] . أما إذا كان على الوكلاء أن يعملوا مجتمعين طبقاً لأحكام المادة ٢/٧٠٧ مدنى[٣]، فإن موت أحدهم ينهى الوكالة بالنسبة إليهم جميعاً[٤] .

ولا تنتهى الوكالة بمجرد موت الوكيل ، بل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م٢/٧١٧ مدنى) . وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال التحفظية ، وقد تقدم بيان ذلك[٥] .

---

(١) بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٤ ص ٤٤٤ .

(٢) جيوار فقرة ٢٤٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٥ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ .

(٤) جيوار فقرة ٢٤٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٥ ص ٤٤٥ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ – لوران ٢٨ فقرة ٨٥ – جيوار فقرة ٢٣٩ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ (ويذهبان إلى أن الورثة إذا كانوا قصراً تولى الوصى عنهم القيام باتخاذ التدبيرات اللازمة لحفظ مصالح الموكل – وانظر أيضاً فى هذا المعنى پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٢ ، والمادة ٢/٨٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى – وانظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثا فى الهامش) .

وانتهاء الوكالة بموت الوكيل ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم[١] ، فتبقى الوكالة حتى بعـد موت الوكيل ويلتزم بها الورثة فى حدود التركة . وأكثر ما يطبق هذا الحكم إذا كان الوكيل محترفاً أو كان شخصاً معنوياً ، فيتفق مع الموكل على أن تنتقل الوكالة إلى من يخلفه[٢] .

ويقضى قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بأن وكالة المحامى تنتهى بموته أو شطب اسمه أو وقفه أوالحجر عليه أواستحالة قيامه بوكالته ، وفى هذه الحالة يحل محله موقتاً محام آخر ينتدبه مجلس النقابة ، إلى أن يتمكن الموكل من اختيار محام آخر . وقد نصت المادة ٣٩ من هذا القانون فى هذا المعنى على أنه « فى حالة وفاة المحامى أو شطب اسمه أو وقفه أوالحجر عليه أواستحالة قيامه بوكالته ينتدب مجلس النقابة محامياً يحل محله مؤقتاً حتى يقوم موكله باختيار وكيل آخر ، ويقوم قرار مجلس النقابة مقام التوكيل الصادر من صاحب الشأن » .

٣٣١ – *موت الموكل* : وتنتهى الوكالة أيضاً بموت الموكل ، سواء كانت الوكالة غير مأجورة فيكون الوكيل المتبرع قد اعتد بشخص موكله فى هذا التبرع ، أوكانت مأجورة حيث يبقى مفروضاً أن الوكيل قد تخير موكله[٣] . وإذا كان الموكل شركة أو شخصاً معنوياً آخر ، انتهت الوكالة

---

(١) لوران ٢٨ فقرة ٨٨ – جيوار فقرة ٢٣٢ – ويجوز أن يكون الاتفاق صريحاً أوضمنياً : بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٧ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٠ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٧٠ .

(٢) نقض فرنسى ٨ و٩ يوليه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧ – ١ – ١٣٣ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ – ١ – ١٨٥ – ٨ يناير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ١٨٥ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٠ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « كما تنتهى (الوكالة) بموت الموكل أو الوكيل ، لأن لشخصية كل متعاقد اعتبارا فى نظر الآخر ، فلا تحل الورثة محل المتعاقد فى تنفيذ التزاماته إلا فى حدود ضيقة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٤) – قرب بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٢ . وفى مذهب القائلين بأن الوكيل إنما يعبر عن إرادة الموكل لا عن إرادته هو ، يترتب انتهاء الوكالة بموت الموكل على أن إرادة الوكيل قد زالت بموته ، فلا يستطيع الوكيل أن يعبر عن إرادة قد زالت (انظر جيوار فقرة ٢٣٠) . ويمكن القول أيضاً بأن ورثة الموكل قد لا يثقون بالوكيل ثقة مورثهم به (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٨٢) .

بحله ولو كان هذا الحل اختياريا[١] كما هو الحكم فى الوكيل فيما قدمنا[٢] ، غير أن الوكالة تبقى هنا المدة اللازمة لتصفية الشركة إذ أن الشخصية المعنوية تبقى للشركة فى حدود أغراض التصفية[٣]. وإذا تعدد الموكلون ومات أحدهم ، لم تنته الوكالة إلا بالنسبة إلى من مات منهم[٤] ، وهذا ما لم تكن الوكالة غير قابلة للتجزئة فتنتهى بالنسبة إلى الموكلين جميعاً[٥] .

= ومن تطبيقات المبدأ القاضى بأن الوكالة تنتهى بموت الموكل أنه فى الوكالة بالخصومة إذا مات الموكل ، وجب على ورثته أن يجددوا توكيل المحامى ليكون وكيلا عنهم ، لأن وكالته عن مورثهم قد انتهت بموت هذا الأخير (مجلس الدولة الفرنسى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ - ٣ - ٢١ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٢) . وقد يستخلص تجديد التوكيل من بقاء المحامى يباشر الدعوى باعتباره وكيلا عن الورثة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الوكيل قد ظل بعد وفاة موكله يباشر الدعوى التى وكل فيها باعتباره وكيلا عن ورثته ، فلا يقبل منه بعد ذلك أن يجادل فى صفة الوكالة مدعياً أنها انقضت بوفاة الموكل (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) . وكذلك إذا ظهر شخص لآخر سنداً إذنياً تظهيراً غير مستوف للشروط فاعتبر التظهير بمثابة التوكيل ، ثم مات المظهر ، لم يستطع المظهر له قبض السند لانتهاء التوكيل بموت الموكل (نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ - ١ - ٤٠٨ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٣ - وقد قدمنا مثل ذلك فى انتهاء التوكيل بإفلاس الموكل : انظر آنفاً فقرة ٣٢٨ فى الهامش) .

(١) نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ - ١ - ٤٤١ - ترولون فقرة ٧٤١ - جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٧ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٤ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ - پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٠ .

(٣) نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ - ١ - ٤٤١ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٤ - پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ . وهذا بعكس ما إذا كانت الشركة هى الوكيلة ثم حلت ، فإن الوكالة تنتهى بحلها ولا تبقى مدة التصفية ، لأن الشركة عند تصفيتها لا تستطيع مباشرة أعمال الوكالة إذ هى لا تدخل فى أعمال التصفية (بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٤ ص ٤٤٤) . ولكن على المصفى أن يتخذ التدابير الضرورية لصيانة مصالح الموكل ، كما تفعل ورثة الشخص الطبيعى إذا كان وكيلا ومات (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٩ هامش ٢٣) .

(٤) جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٨ - بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٥ ص ٤٤٤ - پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ .

(٥) جيوار فقرة ٢٣١ - بون ١ فقرة ١١٣٨ - پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ - وقارن بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٥ ص ٤٤٤ .

ولاتنتهى الوكالة بمجرد موت الموكل ، بل تبقى إلى أن يعلم الوكيل بموت الموكل(١) . فإذا لم يعلم به وتعاقد مع الغير ، وكان هذا أيضاً حسن النية ، اعتبرت الوكالة قائمة ، وانصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل ، حقاً كان أو التزاماً ، إلى ورثة الموكل ، لا بموجب وكالة ظاهرة بل بموجب وكالة حقيقية(٢) . وحتى بعد أن يعلم الوكيل بموت الموكل ، فإنه يجب عليه أن يصل

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الأعمال التى يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل ، بدون أن يعلم بوفاته ، تكون صحيحة وقانونية ، وبأن أعمال المرافعات التى يجريها الوكيل (المحامى) بعد وفاة موكله وبدون علمه بحصول الوفاة تكون صحيحة (استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٣ ص ٧١٥) . أما إذا علم الوكيل (المحامى) بموت الموكل ، فإنه لا يجوز له أن يستمر فى إجراءات الدعوى ولا أن يرفع استئنافاً دون أن يدخل الورثة محل الموكل (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٠) .

(٢) انظر م ١٠٧ مدنى وانظر آنفاً فقرة ٣٠٦ الشرط الثانى — لوران ٢٨ فقرة ٨١ — جيوار فقرة ٢٣٦ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٦ ص ٤٤٥ — وإذا توفى أحد الأخصام قبل تقديم الأموال والطلبات الختامية ، وقدمها وكيله دون علم منه بوفاة موكله ، كان ذلك صحيحاً (بنى سويف استئنافى ٢٦ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٢ ص ٣٤٤) ، وكذلك تكون الإجراءات التى يتخذها الوكيل صحيحة (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٣) . وعبء إثبات علم الوكيل أو الغير بموت الموكل يقع على الورثة إذا أرادوا ألاينصرف أثر العقد إليهم ، سواء كان توقيع الوكيل للعقد يوم وفاة الموكل أو بعد ذلك (نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ — ٥٤ — محمد على عرفة ص ٤٢٥) . انظر عكس ذلك جمال مرسى بدر فى دراسات فى النظرية العامة للنيابة حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص ص١١١— ص١١٢ . ويرى أن على الوكيل والغير أن يثبتا حسن نيتهما ، ويحتج فى ذلك بحكم لمحكمة النقض جاء فيه ما يأتى : « القانون لم يشترط فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب إعلان الغير بانقضاء الوكالة . ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته ، أى أنه بحسب الموكل الذى يحاج بتصرف أجراه الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة ، وعلى الغير الذى يبغى الاحتجاج بهذا التصرف — إن شاء — التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع أن تبت فى هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون . وعلى ذلك فإذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدر منه بعدانقضاء الوكالة ، فلا يجوز للغير التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تمسك بعدم علمه به » (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ٣٨٩ ص ٩٠٨) . والحكم صريح فى أن الغير يجب أن يتمسك بحسن نيته أمام محكمة الموضوع ، فلايجوز له التحدى بحسن النية لأول مرة أمام محكمة النقض . ولكن يبقى أنه إذا تمسك الغير فعلا بحسن نيته أمام محكمة الموضوع ، فهل كان يلقى عليه عبء إثبات ذلك ؟ لا نرى أن حكم محكمة النقض واضح فى هذا المعنى .

بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، وتبقى الوكالة قائمة فيما يتعلق بما يقوم به من أعمال لهذا الغرض[١] ، وقد سبق بيان ذلك[٢].

وانتهاء الوكالة بموت الموكل ، كانتهائها بموت الوكيل ، لايعتبر من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم[٣] ، فلا تنتهى الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته فى حدود التركة . كذلك لاتنتهى الوكالة بموت الموكل إذا كانت فى مصلحة الوكيل أو فى مصلحة الغير ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى قبض ثمن البيع ودفع الثمن سداداً لدين فى ذمة الموكل للوكيل أو للغير[٤] ، إذ لو انتهت الوكالة بموت الموكل فى هذا الفرض لفات على الوكيل أو على الغير مصلحته فى استيفاء الدين[٥]. ولاتنتهى الوكالة أخيراً بموت الموكل ، بل هى تبدأ عند موته ، إذا كان من شأنها ألا يكون تنفيذها إلا بعد موت الموكل ، كما إذا وكل شخص شخصاً آخر فى نشر وثائق معينة بعد موته ، أو فى إقامة نصب تذكارى له ، أو فى سداد دين عليه من تركته ، أو فى إعطاء مبلغ من تركته لشخص معين ، وتتخذ الوكالة فى هذه الفروض صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها[٦]. وتنص المادة ٨١٨ من تقنين

---

(١) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٤١ – ص ٩٤٢ – أما فيما جاوز ذلك فالوكالة تعتبر منتهية (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص٢٩٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ .

(٣) لوران ٢٨ فقرة ٨٨ – جيوار فقرة ٢٣٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة٨٣٧– بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٥٠ .

(٤) كذلك لا تنتهى الوكالة بموت الموكل إذا كانت مهمة الوكيل تنحصر فى تحصيل مبلغ مستحق الأداء على مدين ذلك الموكل ، فإن الوكالة تبقى قائمة إلى النهاية . وقد قضى بأن المحضر موكل من قبل الدائن لتحصيل قيمة الإيجار المستحق على المستأنف ، ولعدم قيام المدين بالدفع أوقع الحجز ، فوكالته صحيحة ولم تنته بموت الموكل (بنى سويف استئنافى ٩ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٦ ص ٥٢١ – وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٥) .

(٥) نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٨٦٠ سيريه ٦٠ – ١ – ٧٢١ – ١٦ مايو سنة١٨٨٢ سيريه ٨٤ – ١ – ١٥٤ – ترولون فقرة ٧١٨ – جيوار فقرة ٢٣٣ – بون ١ فقرة ١١٤٠ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٧ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ – محمد على عرفة ص ٤٢٣ – ص ٤٢٤ .

(٦) ترولون فقرة ٧٢٨ – جيوار فقرة ٢٣٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٣٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٩٤٩ ص ٩٤١ – دى پاچ ٥ فقرة ٤٦٣ .

الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على ما يأتى : « إن موت الموكل أو تبدل حالته يسقط وكالة الوكيل الأصلى ووكالة وكيله ، فيما خلا الحالتين الآتيتين : أولا — متى كانت الوكالة معطاة فى مصلحة الوكيل أو مصلحة شخص ثالث : ثانيا — متى كان موضوع الوكالة يراد إتمامه بعد وفاة الموكل بحيث يصبح الوكيل عندئذ فى مقام منفذ الوصية » .

§ ٢ — أسباب ترجع إلى أن عقد الوكالة غير لازم

٣٣٢ — عزل الوكيل من الوكالة — نص قانونى : تنص المادة ٧١٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول » .

« ٢ — على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى ، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه »[1] .

= ولا تعد الوكالة من شأنها ألا يكون تنفيذها إلا بعد موت الموكل إذا حدد لتنفيذها أجل وقبل حلول الأجل مات الموكل ، فإن الوكالة فى هذه الحالة تنتهى بموته (انظر فى هذا المعنى بردرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٣٨ ص ٤٤٨ — وانظر عكس ذلك وأن الوكالة لا تنتهى بموت الموكل : أنجيه ١٤ فبراير سنة ١٨٩٤ جازيت دى باليه ٩٤ — ١ — ٤٨٨) .

وتبقى الوكالة بعد موت الموكل إذا ارتبطت بعقد آخر ارتباطاً لا يقبل التجزئة وبقى هذا العقد قائماً بعد موت الموكل (نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ — ١ — ٤٤٨ — ٢٢ يناير سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ — ١ — ١٦٨ — ١٦ مايو سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣ — ١ — ١٧٥ — ١٠ فبراير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ١١٢ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤١ — كولان وكابيتان ودى لاموranديير ٢ فقرة ١٣٧٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٠ — ص ٢٣٢) .

= ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٢٩/٦٥٠ ، وكانت تجرى بما يأتى : « ينتهى التوكيل بالعزل وبإتمام العمل الموكل فيه وبعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما » .
(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٤٧ : ١ – للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته ، وللوكيل أن يعزل نفسه . ولا عبرة بأى اتفاق يخالف ذلك . لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير ، فلا يجوز العزل أو التقييد دون رضاء هذا الغير .

٢ – ولا يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل إلا بعد حصول العلم للطرف الثانى .

٣ – وإذا كانت الوكالة بأجرة ، فإن من صدر منه العزل يكون ملزما بتعويض الطرف الثانى عن الضرر الذى لحقه من جراء العزل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٨١٠ : للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء – وكل نص مخالف لا يعمل به ، سواء أكان بالنظر إلى الفريقين المتعاقدين أم بالنظر إلى الغير . واشتراط الأجر لا يمنع الموكل من استعمال هذا الحق – غير أنه إذا كانت الوكالة منعقدة فى مصلحة الوكيل أو شخص آخر ، فلا يحق للموكل أن يرجع عن الوكالة إلا برضا الفريق الذى انعقدت لأجله .

م ٨١١ : يجوز أن يكون العزل صريحاً أو ضمنياً – وإذا جرى العزل بكتاب أو برقية ، فلا ينعقد إلا من تاريخ استلام الوكيل بلاغ عزله .

م ٨١٢ : إذا كانت الوكالة من قبل عدة أشخاص فى قضية واحدة ، فلا يجوز العزل إلا باتفاق جميع الموكلين . أما إذا كانت القضية قابلة للتجزئة ، فإن العزل الصادر عن أحد الموكلين يزيل الوكالة بالجزء المختص بهذا الموكل وحده . أما فى شركات التضامن وسائر الشركات ، فيحق لكل شريك يملك حق التوكيل باسم الشركة أن يرجع عن الوكالة .

م ٨١٣ : إن العزل عن الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذاً فى حق شخص ثالث حسن النية إذا عاقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله – على أنه يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله .

م ٨١٤ : عندما يوجب القانون صيغة معينة لإنشاء الوكالة ، يجب استعمال الصيغة نفسها للرجوع عنها .

م ٨١٧ : إن عزل الوكيل الأصلى أو وفاته يؤديان إلى عزل من وكله فيما خلا الحالتين الآتيتين : أولا – متى كان وكيل الوكيل معيناً بترخيص من الموكل . ثانيا – متى كان الوكيل الأصلى ذا سلطة مطلقة فى التصرف أو كان له الحق فى التوكيل .

م ٨٢٢ : إذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة فى وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز أن يلزم بضمان العطل والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعماله هذا الحق . أما وجود الضرر ومبلغه فيقدرهما القاضى بحسب ماهية الوكالة وظروف القضية والعرف المحلى .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، ويشترط التقنين اللبنانى ، عندما يوجب القانون شكلا خاصاً لانعقاد الوكالة ، نفس الشكل فى الرجوع عنها) .

ويخلص من هذا النص أن للموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة ، فتنتهى الوكالة بعزل الوكيل . ويمكن تعليل ذلك بأن الوكالة هى فى الأصل لمصلحة الموكل، ولذلك لم يجز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة فى صالحه هو أو فى صالح الغير إلا برضاء من كانت الوكالة فى صالحه كما سيجىء ، فإذا رأى الموكل أن مصلحته فى الوكالة لم تعد قائمة كان له أن ينهى الوكالة بعزل الوكيل[1] . وكما للموكل أن يعزل الوكيل ، كذلك له من باب أولى أن يقيد من وكالته ، كأن يوكله فى البيع وقبض الثمن ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن ، ويكون هذا عزلا جزئياً من الوكالة .

وعزل الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر من الموكل موجهة إلى الوكيل ، فتسرى فى شأنها القواعد العامة . ولما كان القانون لم ينص على أن تكون فى شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفى ، وقد يكون هذا التعبير صريحاً كما قد يكون ضمنيا[2]. ومن أمثلة العزل الضمنى للوكيل أن يعين الموكل وكيلا آخر لنفس العمل الذى فوض فيه الوكيل الأول بحيث يتعارض التوكيل الثانى مع التوكيل الأول ، فيعتبر صدور التوكيل الثانى عزلا ضمنياً للوكيل الأول[3]. ويبقى صدور التوكيل الثانى عزلا ضمنياً للوكيل الأول حتى لو كان هذا التوكيل الثانى باطلا ، أو كان قد سقط بعدم قبول الوكيل

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٠٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٥– بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٠٤٥ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان عزل الموكل للوكيل قد يحصل ضمناً ، إلا أنه يجب أن يثبت ذلك قطعا ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتما ، وقد يكون العزل جزئياً إذا أقيم الوكيل الجديد لجزء من العمل فقط (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٦ ص ٧٤٢) . وقضت أيضاً بأن حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة إذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لاشك فيها ، لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بالشهود والقرائن . فإذا ثبت قطعاً من شهادة شهود الطرفين أن الموكل الذى وكل وكيلا لإدارة أطيانه جاء بعد سنة أوسنتين وأدار أطيانه وأجرها بنفسه وحصل أجرتها بنفسه ، يعتبر هذا عزلا ضمنياً كافياً لإعفاء الموكل من موجبات وكالته بعد تلك المدة ، وخصوصاً إذا تعزز ذلك بإيصالات مكتوبة أعطيت من الموكل لبعض المستأجرين (استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٢٦ ص ٣٧٠) .

(٣) انظر المادة ٢٠٠٦ مدنى فرنسى – نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ – ١ – ٤٩٣ – جيوار فقرة ٢١٩ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٣ وقارن فقرة ٨٢٤– بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٠ .

الثانى إياه ، ذلك لأن مجرد توجه إرادة الموكل إلى توكيل شخص آخر لنفس العمل يفيد حتماً عزل الوكيل الأول[١] . ويعتبر كذلك عزلا ضمنياً للوكيل أن يقوم الموكل بنفسه بتنفيذ العمل محل الوكالة[٢] . وسواء كان العزل صريحاً أو ضمنياً ، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل ، طبقاً للقواعد العامة[٣] . وقبل علم الوكيل بالعزل تبقى وكالته قائمة . فإذا تعاقد مع شخص حسن النية انصرف أثر التعاقد إلى الموكل . وحتى بعد علم الوكيل بالعزل إذا تعاقد مع الغير حسن النية ، فإن أثر التعاقد ينصرف أيضاً إلى الموكل ، ولكن لا بموجب وكالة حقيقية كما فى الحالة الأولى ، بل طبقاً لقواعد الوكالة الظاهرة[٤] . ومن ثم يتعين على الموكل ، حتى يكون بمأمن من ذلك ، أن يعلن الغير الذين يتعاملون عادة مع الوكيل بعزله لهذا الأخير[٥] .

---

(١) ترولون فقرة ٧٨٨ — لوران ٢٨ فقرة ١٠٢ — جيوار فقرة ٢١٩ — بون ١ فقرة ١١٦١ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٨٢٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٧ وهامش ١٢ و١٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ — ١ — ١٧٩ — باريس ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ — ٢ — ٢٦٨ — بودرى وثال فى الوكالة فقرة ٨٢٤ ص ٤٤٠ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٠ ص ٩٣٤ .

(٣) وتصرف الوكيل قبل العلم بالعزل ينفذ فى حق الموكل (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦١) . أما بعد أن يعلم الوكيل ، فإنه لا يجوز له أن يمضى فى أعمال الوكالة ، فإن فعل كان هو المسئول ، ولا يرجع بما أنفق من مصروفات على الموكل (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٢) . ويكفى لإثبات علم الوكيل بالعزل إعلانه بذلك على يد محضر ، ولو كان هذا الإعلان باطلا من ناحية الشكل ، إذ لا يشترط شكل مخصوص فى العزل كما قدمنا (استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥) . وإذا عزل الموكل الوكيل عزلا صريحاً وعزلا ضمنياً ، فإن قاضى الموضوع هو الذى يبت أى العزلين هو الأسبق ، ومن ثم يعين من أى وقت انعزل الوكيل (نقض فرنسى ٢٤ يوليه سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦ — ١ — ٨ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٧) . ولا يكون للعزل أثر رجعى ، فإذا كانت الوكالة بأجر ولمدة معينة ، استحق الوكيل الأجر عن المدة التى سبقت العزل (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٢٧٤) .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٤ — ويجب على كل حال أن يتخذ الوكيل ، بعد علمه بالعزل ، الإجراءات اللازمة لحفظ مصالح الموكل حتى يتمكن هذا الأخير من صيانة مصالحه بنفسه (م ٧١٧ مدنى وانظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثا) .

(٥) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٤٧ — كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٣٦٩ ص ٨٧٥ — جوسران ٢ فقرة ١٤٢٢ ص ٧٧٤ — وقد قضى بأن النشر فى الجرائد =

وإذا تعدد الموكلون وعزل أحدهم الوكيل ، فإذا كانت الوكالة تقبل التجزئة اقتصر العزل على الموكل الذى صدر منه العزل ، وبقيت الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكلين الآخرين(١) . أما إذا كانت الوكالة لا تقبل التجزئة ، فإن الوكيل لا ينعزل حتى بالنسبة إلى الموكل الذى صدر منه العزل ، ولابد من اتفاق جميع الموكلين على عزله حتى ينعزل(٢) .

وجواز عزل الموكل للوكيل قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم لا يجوز للوكيل أن يشترط بقاءه وكيلا حتى يتم العمل الموكول إليه ، ويستطيع الموكل بالرغم من هذا الشرط عزله قبل أن يتم العمل . والنص صريح فى هذا المعنى ، إذ جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ مدنى كما رأينا : « يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك »(٣) . وكما لا يجوز للوكيل أن يشترط عدم قابليته للعزل ، كذلك لا يجوز له أن يشترط تقاضى تعويض إذا عزله

= عن عزل الوكيل لا يحتج به على من تعامل مع ذلك الوكيل ، لأن نشر الإعلانات للأشخاص بطريق النشر بواسطة الجرائد مرخص فى مواضع معلومة مذكورة فى القوانين . وليس هذا النشر من المطلوب قانوناً على العموم بالنسبة إلى الوكالة (استئناف وطنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٤٩) . ولكن يجوز إثبات علم الغير بالبينة وبالقرائن (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥) .

(١) فإذا وكل دائنون متعددون وكيلا واحداً فى اتخاذ الإجراءات ضد مدينهم المفلس ، وعزل أحد الدائنين الوكيل ، انعزل بالنسبة إلى هذا الدائن ، وبقيت وكالته قائمة بالنسبة إلى الدائنين الآخرين (ترولون فقرة ١١٩ — جيوار فقرة ٢٢١ — بون ١ فقرة ٧١٩ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٢٠) .

(٢) نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ — ١ — ١٧٢ — جيوار فقرة ٢٢٥ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٢١ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٨ .

(٣) ومع ذلك انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ — وانظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يعتبر القاعدة من النظام العام فيجوز الاتفاق على عدم قابلية الوكيل للعزل : نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٨ — ١ — ١٣٤ — ٩ يوليه سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ — ١ — ٣١٠ — بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨١٨ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٦ .

الموكل ، فإن فى هذا تقييداً لحرية الموكل فى عزل الوكيل ، وقد أراد القانون الاحتفاظ للموكل بهذه الحرية كاملة(١) .

على أن القانون نفسه قيد حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين(٢) :

(الحالة الأولى) إذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الموكل يملك عزل الوكيل بالرغم من ذلك ، ولكن لما كان للوكيل مصلحة فى الأجر فقد أوجب القانون أن يكون عزل الوكيل لعذر مقبول وفى وقت مناسب . فإذا عزل الموكل الوكيل بغير عذر مقبول ، أو فى وقت غير مناسب ، كان العزل صحيحاً وانعزل الوكيل عن الوكالة(٣) ، ولكنه يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء هذا العزل ، كأن يقضى له بالأجر كله أو بعضه بحسب تقدير القاضى للضرر الذى لحق الوكيل ، لأن العزل فى هذه الحالة ينطوى على تعسف يستوجب التعويض(٤) . والوكيل هو الذى يحمل عبء إثبات أن عزله

---

(١) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٩ ص ٤٣٨ – وقرب نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ – ١ – ٣١٣ – ٢ يوليه سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٨ – ١ – ٤٢١ – وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ – ص ٢٣٧ .

(٢) ولكن يجوز ، فى هاتين الحالتين ، فسخ الوكالة لسبب يبرر الفسخ (نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ – ١ – ٣٥ – ١١ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ – ١ – ١٩٧ – جيوار فقرة ٢١٦ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١١ – وقرب بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٣٨ – وانظر آنفاً فقرة ٣٢٩) . ويجوز أيضاً ، فى غير هاتين الحالتين ، إذا عزل الموكل الوكيل على وجه يسىء إلى سمعته ، سواء كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة ، أن يرجع الوكيل على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر أدبى (أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٦ ص ٢٤٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٥ – ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤٢ – ١٣ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠٧ – ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١ – نقض فرنسى أول مايو سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٤٣٥ – ٤ مارس سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ – ١ – ٦٨ – بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ – دى پاچ ٥ فقرة ٤٦٧ – چوسران ٢ فقرة ١٤٢٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ . نقض فرنسى ٩ يوليه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ – ١ – ٤٧٨ – ١٩ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيريه ٩١ – ١ – ٥٠٨ – ١٨ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢ – ١ – ٣٣٧ – ٤ مارس سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ – ١ – ٦٨ – ٤ يونيه سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ – ٣٦٢ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ داللوز =

كان فى وقت غير مناسب أو كان بغير عذر مقبول ، لأن الأصل أن الوكيل لا يتقاضى تعويضاً عن عزله[1] ، فإذا طالب بتعويض وجب عليه أن يثبت السبب القانونى الذى يستحق من أجله التعويض .

(الحالة الثانية) إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى ، فإنه لا يجوز فى هذه الحالة عزل الوكيل أو تقييد الوكالة دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه (م٧١٥/٢مدنى) . وتختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة فى أن عزل الوكيل هنا لا يكون صحيحاً ولا ينعزل الوكيل ، بل تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه للموكل[2] ، فى حين أن العزل فى الحالة الأولى يكون صحيحا كما رأينا ويقتصر الوكيل على تقاضى تعويض من الموكل[3].

= الأسبوعى ١٩٣٥ – ٤–٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠ – ٢ – ٢٦٢ – ١٣ يناير سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ – ١ – ١٢٤ – باريس ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣ – ٦١٧ – جيوار فقرة ٢٢٥ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨١٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٦٩ – چوسران ٢ فقرة ١٤٢٤ .

وإذا وكل شخص آخر فى بيع عقار له دون أن يفرده بالوكالة ، ثم واتته فرصة لبيع العقار بنفسه أو بواسطة وكيل آخر ، فلا يعتبر تصرفه هذا عزلا للوكيل الأول فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، ومن ثم لا يستحق الوكيل الأول أى تعويض (باريس ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ –٢– ٢٦٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص٢٣٦ هامش ٦) .

هذا ويجوز الاتفاق على أن للموكل عزل الوكيل فى أى وقت وبدون إبداء أى سبب وذلك دون أن يكون الموكل مسئولا عن أى تعويض ، ويكون هذا اتفاقاً على الإعفاء من مسئولية عقدية وهو جائز (نقض فرنسى ١٠ نوفبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ٤٠٦ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ – ٣٣٢ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨١٧ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩١ ص ٩٣٥ – محمد على عرفة ص ٤١٧ – وقارن أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٩ – ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٣ – ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص٥٣٧ – ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ص٩٥ .

(٣) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة١٨٨٠ سيريه ٨٠ – ١ – ٣٠٩ – ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ – ١ – ٣٥٠ – ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٩ سيريه ٩٠ – ١ – ٦٩ – ١١ فبراير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ – ١ – ١٩٧ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ص ٩٣٨ – انظر عكس ذلك وأن الوكيل ينعزل فى الحالتين ويرجع بالتعويض على الموكل : أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٧١ .

ومثل أن تكون الوكالة فى صالح الوكيل أن يوكل الشركاء فى الشيوع شريكاً منهم فى إدارة المال الشائع ، فهذه وكالة ليست فحسب فى صالح الموكلين بل هى أيضاً فى صالح الوكيل(١) . كذلك إذا وكل المؤمن له شركة التأمين فى الدعوى التى ترفع منه أوعليه بسبب الخطر المؤمن منه ، فإن الوكالة تكون فى هذا الفرض فى صالح الوكيل وهو شركة التأمين(٢). ومثل أن تكون الوكالة فى صالح الغير أن يوكل شخص شخصاً آخر فى بيع منزل له وقبض الثمن ووفاء دين فى ذمته للغير من هذا الثمن ، فهذه وكالة فى صالح الغير وهو الدائن(٣) . ومن باب أولى لا يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة فى صالح كل من الوكيل والغير(٤)، كأن يوكل شخص فى بيع منزل على أن يستوفى

---

(١) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٠ ص ٤٣١ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٣٨٩ ص٨٧٥.

(٢) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٠ ص ٤٣١ - واحتكار الوكالة أوشرط القصر (exclusivité) (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧ فى الهامش) يجعل الوكالة فى صالح الوكيل ، فلا يجوز عزله فى المدة المحددة للاحتكار إلا برضاه (انظر عكس ذلك وأن شرط القصر باطل إذ يجوز عزل الوكيل فى أى وقت : أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٦ ص ٢٤٧ هامش ١) - وإذا وكل الموكل الوكيل فى وفاء دين لتخليص عين شائعة بينهما من الرهن ، كانت الوكالة فى مصلحة الوكيل إذ هو شريك فى العين الشائعة التى تتخلص من الرهن بوفاء الدين (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧) . وتكون الوكالة فى مصلحة الوكيل كذلك إذا وكل فى إدارة مال للموكل لاستيفاء دين له من غلة هذا المال (نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٨ ص ٣٥٨) - انظر أمثلة أخرى لوكالة فى صالح الوكيل فلا يجوز عزله إلا برضاه : استئناف وطنى ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٣٣ ص ٥٧ - ٢٤ نوفبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٢ ص ٩٠ - ٢٤ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٢٩ ص ٣٠٥ - مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٣ ص ٤٣٤ - استئناف مصر ١٦ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٠ ص ٢٢ - استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧٣ - وكون الوكيل مأجوراً لا يكفى وحده لتكون للوكيل مصلحة تمنع من عزله ، وقد رأينا أن الوكيل المأجور يجوز عزله (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠١) .

(٣) نقض فرنسى ٦ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ - ١ - ١١٦ - ١٣ مايو سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ - ١ - ٣٥٠ - جيوار فقرة ٢١٦ - بون ١ فقرة ١١٥٩ - بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٠ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٥ .

(٤) بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨١٠ ص٤٣١ .

الوكيل من ثمنه ديناً له فى ذمة الموكل وأن يوفى ديناً آخر فى ذمة الموكل للغير (١).

٣٣٣ — تنحى الوكيل عن الوكالة — نص قانونى : تنص المادة ٧١٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، ويتم التنازل بإعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الوكيل يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جزاء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » .

« ٢ — غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبى إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك ، على أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل ، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه »(٢) .

---

(١) انظر فى عدم جواز عزل الوكيل بغير رضائه فى وكالة قصد بها وفاء دين الوكيل : نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٥ ص ٣٧٥ . وانظر فى عدم جواز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة جزءاً لا يتجزأ من عقد آخر لا يجوز الرجوع فيه فتكون الوكالة كذلك لا رجوع فيها : بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١٤٩٢ .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والوكالة عقد غير لازم ، فللموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة ، وله من باب أولى أن يقيد وكالته . . وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيدان : (ا) إذا كانت الوكالة بأجر ، وعزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، وأصابه ضرر من ذلك ، فإنه يرجع بالتعويض على الموكل ، لأن فى العزل تعسفاً يستوجب التعويض . (ب) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى ، كما إذا كان أحد منهما دائناً للموكل ورخص له فى استيفاء حقه مما يقع فى يد الوكيل من مال الموكل ، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضاء من كانت الوكالة فى صالحه ، الوكيل أو الأجنبى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٤ ص ٢٣٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم : م ٥٢٩/٦٥٠ : ينتهى التوكيل بالعزل وبإتمام العمل الموكل فيه ويعزل الوكيل نفسه وإعلان الموكل وبموت أحدهما .

م ٥٢٢/٦٤٠ : لا يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة فى وقت غير لائق . . .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويخلص من هذا النص أنه يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة فى أى وقت قبل إتمام العمل الموكول إليه ، فتنتهى الوكالة بتنحى الوكيل ، كما رأيناها تنتهى بعزله . ويعلل ذلك بأن الوكيل ، حتى لو كان مأجوراً ، إنما يقصد أن يسدى خدمة للموكل ، وعقد الوكالة بخلاف عقد المقاولة ليس من عقود المضاربة ، ولذلك جاز تعديل أجر الوكيل بالزيادة أو بالنقص لجعله متناسباً مع الخدمة التى أداها . فأجاز القانون للوكيل أن يتنحى فى أى وقت عن الوكالة إذا رأى أنه لم يعد من الملائم له أن يمضى فى إسداء الخدمة للموكل ، وقيد حق التنحى هذا كما سنرى لمصلحة الموكل فيما إذا كان الوكيل يتقاضى أجراً ، ولمصلحة الغير فيما إذا كانت الوكالة قد صدرت لصالحه[1] .

وتنحى الوكيل يكون بإرادة منفردة تصدر منه . ولم ينص القانون على

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٩٤٧ : للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته . وللوكيل أن يعزل نفسه ، ولا عبرة بأى اتفاق يخالف ذلك . .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : م ٨٣٥ : لا يجوز للوكيل أن يعدل عن الوكالة إلا إذا أبلغ عدوله إلى الموكل – ويكون الوكيل ضامناً لكل ما يمكن أن يحدثه هذا العدول من العطل والضرر للموكل ، إذا لم يقم بما يجب من التدابير لصون مصالح موكله صيانة تامة إلى أن يتمكن الموكل نفسه من القيام بما يجب .

م ٨١٦ : لا يجوز للوكيل أن يعدل عن وكالته إذا كانت منعقدة فى مصلحة شخص ثالث إلا فى حالة المرض أو مانع آخر مشروع – ويلزم الوكيل فى الحالة المذكورة أن ينبه الشخص الذى أعطيت الوكالة فى مصلحته ، وأن يمنحه مهلة كافية ليقوم بما تقتضيه الظروف .

م ٨٢٢ : إذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة فى وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز أن يلزم بضمان العطل والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعمال هذا الحق . أما وجود الضرر ومبلغه فيقدرهما القاضى بحسب ماهية الوكالة وظروف القضية والعرف المحلى .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) قرب بودرى وفال فى الوكالة فقرة ٨٢٧ – ويضاف إلى ذلك أن إجبار الوكيل على المضى فى الوكالة بالرغم من تنحيه لا يخلو من ضرر يعود على الموكل نفسه (أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ **Mandat** فقرة ٣٧٩) ، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن الوكيل لا يجبر على المضى فى الوكالة وإنما يكون ملزماً بالتعويض .

أن تكون فى شكل خاص . فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى التنحى يكفى ، وكما يكون التنحى صريحاً يصح كذلك أن يكون ضمنياً[(١)] . وسواء كان صريحاً أو ضمنياً ، فإنه لاينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل ، ولهذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدنى فيما رأينا : « ويتم التنازل بإعلانه للموكل » : فقبل إعلان التنحى تبقى الوكالة قائمة ، ويكون الوكيل ملزماً بالمضى فى تنفيذ الوكالة . أما بعد إعلان التنحى فإن الوكالة تنتهى ، ولكن الوكيل يكون مع ذلك ملزماً بأن يصل بأعمال الوكالة التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف[(٢)] تطبيقاً لأحكام المادة ٧١٧ مدنى ، وقد سبق بيان ذلك[(٣)] . وإذا استمر الوكيل ، بعد أن أعلن تنحيه ، فى أعمال الوكالة وتعامل باسم الموكل مع شخص حسن النية ، فإن أحكام الوكالة الظاهرة هى التى تسرى وقد مر تفصيلها .

وإذا تعدد الموكلون وكانت الوكالة قابلة للتجزئة ، جاز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بالنسبة إلى بعض الموكلين دون بعض . أما إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة إلا بالنسبة إلى جميع الموكلين .

وجواز تنحى الوكيل ، كجواز عزله ، قاعدة من النظام العام ، فلايجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم لا يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل البقاء فى الوكالة حتى يتم العمل الموكول إليه ، حتى لو كانت الوكالة مأجورة . والنص صريح فى هذا المعنى ، إذ جاء فى صدر الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدنى كما رأينا : « يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك »[(٤)] . ويكون أيضاً باطلا لمخالفته للنظام العام اشتراط

---

(١) جيوار فقرة ٢٢٨ – بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٢٨ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٢٤ ثالثاً .

(٤) انظر عكس ذلك فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص يعتبر القاعدة من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على عدم جواز تنحى الوكيل عن الوكالة : بودرى وڤال فى الوكالة فقرة ٨٢٩ – وفى هذه الحالة لا يجبر الوكيل على العمل ، وإنما يكون مسئولا عن التعويض (نقض فرنسى ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦ – ١ – ٥٣ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١٤٩٣ ص ٩٤٠) .

الموكل أن يتقاضى تعويضا من الوكيل إذا تنحى عن الوكالة ، لأن فى هذا تقييداً لحرية الوكيل فى التنحى[١] .

على أن القانون نفسه قيد حق الوكيل فى التنحى فى حالتين[٢] :

(الحالة الأولى) إذا كانت الوكالة بأجر . فلا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب[٣] . فإن هو فعل ، صح التنحى ، ولكن الوكيل يكون متعسفاً فيكون مسئولا عن تعويض الموكل[٤] .

(الحالة الثانية) إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى ، كأن يكون الوكيل معهوداً إليه بوفاء دين لأجنبى فى ذمة الموكل من المال الذى يقع فى يده لهذا الأخير . فعند ذلك لا يجوز للوكيل التنحى بشروط ثلاثة : أن تقوم أسباب جدية تبرر التنحى ، وأن يخطر الوكيل الأجنبى بالتنحى ، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه . فإذا أخل الوكيل بشرط من هذه الشروط الثلاثة ، فإنه لا يجبر مع ذلك على المضى فى الوكالة إذ لا يجوز إجبار أحد على عمل شخصى ، وإنما يكون مسئولا عن تعويض الأجنبى .

أما إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه ، فإنه يجوز له التنحى دون

---

(١) أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٧ ص ٢٤٩ – وانظر عكس ذلك وأنه يصح للموكل أن يشترط تقاضى تعويض من الوكيل إذا تنحى هذا عن الوكالة ويكون هذا شرطاً جزائياً قابلا أن يعيد القاضى النظر فيه : محمد على عرفة ص ٤٢٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٣ ص ٣٣١ .

(٢) ولكن يجوز فى هاتين الحالتين فسخ الوكالة لسبب يبرر الفسخ (انظر آنفاً فقرة ٣٢٩) .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٦ – وتقول الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدنى فى آخرها : « . . من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » . وواضح أن هناك خطأ مادياً ، والصحيح هو استبدال لفظ «أو» بلفظ واو العطف ، فيكون النص على الوجه الآتى : « . . من جراء التنازل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول » (انظر فى هذا المعنى أكثم أمين الخولى فقرة ١٩٧ ص ٢٤٩) .

(٤) بيدان ١٢ فقرة ٣٣٣ – چوسران ٢ فقرة ١٤٢٥ – أما إذا كانت الوكالة بغير أجر ، فيندر أن يكون تنحى الوكيل سبباً فى مسئوليته عن التعويض (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤١٦ ص ٢٣٨ هامش ١٦) . وفى جميع الأحوال لا يكون الوكيل ملزماً بالتعويض إذا هو تنحى عن الوكالة لعذر مقبول ، كالمرض أو تغيير محل الإقامة أو تغيير المهنة أو السفر أو قيام خصومة بينه وبين الموكل (مصر الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٧٣ ص ٤٣٤ – أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Mandat فقرة ٣٨١ – محمد على عرفة ص ٤٢٢ – م ٢٠٠٧ مدنى فرنسى وهى تقول : « . . لم يكن فى وسع الوكيل أن يستمر فى تنفيذ الوكالة إلا إذا عرض مصالحه لخطر شديد » .

شرط ، لأنه هو الذى يقدر مصلحته[1] .

وقد طبق قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ هذه القواعد على تنحى المحامى عن وكالته ، فأوجب عليه أن يخطر موكله بتنحيه بكتاب موصى عليه[2] ، وأن يستمر فى وكالته حتى يتمكن الموكل من اختيار محام آخر بشرط ألا يزيد ذلك على شهر واحد . ولا يجوز له التنحى إذا كان منتدباً من لجنة المساعدة القضائية أو المحكمة ، إلا لأسباب تقبلها اللجنة المذكورة أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى (م ٣٧ من قانون المحاماة) . وقد نصت المادة ٤٠ من قانون المحاماة فى هذا المعنى على ما يأتى : « للمحامى دائماً أن يتنحى عن وكالته أوعن ندبه مع مراعاة ما نص عليه فى المادة ٣٧ من هذا القانون . وفى هذه الحالة يجب عليه أن يخطر موكله أو من يندب عنه بكتاب موصى عليه بتنحيه ، وأن يستمر فى مباشرة إجراءات الدعوى شهراً على الأكثر متى كان ذلك لازماً للدفاع عن مصالح الموكل أو من ندب عنه » .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « كذلك يرد على جواز تنازل الوكيل عن الوكالة قيدان : (أ) إذا كانت الوكالة بأجر وتنازل عنها الوكيل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، فإنه يكون متعسفاً فى هذا التنازل ويجب عليه التعويض ، كما هو الأمر فى حالة التعسف فى العزل . (ب) إذا كانت الوكالة لصالح أجنبى ، فلا يجوز التنازل عن الوكالة إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك مع إخطار الأجنبى وإعطائه الوقت الكافى لصيانة مصالحه ، لأن الأجنبى قد تعلق حقه بالوكالة ، فوجب ألا يكون تنازل الوكيل ، بالنسبة له أيضاً ، بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب . أما إذا كانت الوكالة فى مصلحة الوكيل ، فهو حر فى التنازل عنها فى أى وقت شاء ، لأنه هو الذى يقدر بمصلحته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٣٥) .

(٢) ويجب على الموكل أن يعلن خصمه بانتهاء وكالة محاميه ، وإلا سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة المحامى الذى انتهت وكالته ، أخذاً بمبادئ الوكالة الظاهرة . وقد قضت محكمة النقض بأن الشارع ألزم الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية إغفال هذا الإجراء ، فإذا انقضت الوكالة بالعزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك ، سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة الوكيل . كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاة الوكيل أو بعزله أو باعتزاله فإن ذلك لا يقطع سير الخصومة ، ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلا مناسباً يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى ، فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذى رتبه القانون على غياب الخصم (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥٢ ص ٣٨٢) . وقضى قريباً من هذا المعنى بأنه إذا أراد شخص التنحى عن الوكالة الثابتة له عن شخص آخر بقصد تعطيل دعوى المدعى المرفوعة على الوكيل بصفته ولم يكن يقصد غرضاً مشروعاً ، فلا يجوز قبول هذا التنحى من جانبه ، ويجب اعتباره قائماً موجوداً فى الدعوى (الزقازيق ٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٢ ص ٨٥ . وانظر كذلك الزقازيق ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩٢ ص ١٨٠) .

عقـــد الوديعة

تمهيد (*)

٣٣٤ — التعريف بعقد الوديعة وخصائص هذا العقد — نص قانونى :

أوردت المادة ٧١٨ من التقنين المدنى تعريفاً لعقد الوديعة على الوجه الآتى :

« الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشيء ، وعلى أن يرده عيناً »(١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٩٠/٤٨٢(٢) .

(*) مراجع فى عقد الوديعة : هيك ١١ – لوران ٢٧ – ديفرچيية (تكملة تولييه) ٦ – ترولون فى الوديعة – جيوار فى القرض والوديعة والحراسة سنة ١٨٩٢ – پون فى العقود الصغيرة ١ – بودرى وڤال فى الشركة والقرض والوديعة الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ – بيدان (ورودير) ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – دى پاچ ٥ – Chapoutot فى إيداع النقود فى البنك . Légal فى إيداع الأوراق المالية فى البنك باريس سنة ١٩٢٦ – Berme فى وديعة الفنادق رسالة من بوردو سنة ١٩٣٠ – Tunc فى عقد الحفظ رسالة من باريس سنة ١٩٤١ – پلانيول وريپير بولانچيه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ سنة ١٩٥٢ لفظ Dépôt .

محمد كامل مرسى فى العقود المسماة سنة ١٩٤٩ – محمد على عرفة فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٤٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٢ – ص ٢٤٣) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٥٩٠/٤٨٢ : الإيداع عقد به يسلم إنسان منقولا لإنسان آخر يتعهد بحفظه بدون اشتراط أجرة كما يحفظ أموال نفسه ، ويرده بعينه عند أول طلب يحصل من المودع .

(ويختلف التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الجديد فى أمور ثلاثة : (١) الوديعة فى التقنين القديم عقد عينى لا يتم إلا بالتسليم ولذلك عرف بأنه عقد به يسلم إنسان ، أما فى التقنين الجديد فهو عقد رضائى ولذلك ورد فى المادة ٧١٨ مدنى جديد أن المودع عنده يلتزم بأن يتسلم =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٦٨٤ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٧١٨ — وفى التقنين المدنى العراقى م ٩٥٠ — ٩٥١ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٩٠[1] :

ويخلص من التعريف المتقدم الذكر أن لعقد الوديعة خصائص نجمل أهمها فيما يأتى :

أولاً — الوديعة عقد رضائى ، إذ هى تتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى شكل خاص ، ولأنها ليست كذلك بعقد عينى إذ لايشترط فى انعقادها تسليم الشىء المودع إلى المودَع عنده ، وتسلم الشىء المودَع ليس ركناً فى الوديعة بل هو التزام فى ذمة المودَع عنده بعد أن تنعقد الوديعة[2] .

= الشىء فالتسلم التزام ينشأ من العقد لا ركن فيه . (٢) ينص التقنين القديم صراحة على أن الشىء المودع يكون منقولا . (٣) يشترط التقنين القديم أن تكون الوديعة دون أجر فإذا كانت بأجر أصبحت عقد مقاولة (م ٥٩١/٤٨٣ مدنى قديم) ، أما التقنين الجديد (م٧٢٤) فيميز أن تكون الوديعة بأجر مع بقائها وديعة .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٥٠ : ١ — الأمانة هى المال الذى وصل إلى يد أحد بإذن صاحبه حقيقة أو حكما لا على وجه التمليك ، وهى إما أن تكون بعقد استحفاظ كالوديعة ، أوضمن عقد كالمأجور والمستعار ، أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألقت الريح فى دار شخص مال أحد . ٢ — والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك ، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أو لا ، وإنما يضمنها إذا هلكت بصنعه أو بتعد أو تقصير منه .

م ٩٥١ : الإيداع عقد به يجعل المالك أومن يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ، ولا يتم إلا بالقبض .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن الوديعة فى الأول عقد عينى وفى الثانى عقد رضائى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٦٩٠ : الإيداع عقد بمقتضاه يستلم الوديع من المودع شيئاً منقولا ، ويلتزم حفظه ورده .

(والوديعة فى التقنين اللبنانى عقد عينى ، وهى فى التقنين المصرى عقد رضائى) .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يتضح من هذا التعريف (الوارد بالمادة ٧١٨ مدنى) أن الوديعة عقد رضائى ، يلتزم الشخص بموجبه أن يتسلم شيئاً ، منقولا أو عقاراً ، ثم يرده عينا . فالعقد يتم قبل تسليم الشىء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٢ — ص ٥٤٣) .

ولم يكن الأمر كذلك فى التقنين المدنى السابق ، إذ كانت الوديعة — هى والقرض والعارية ورهن الحيازة — عقداً عينياً لا يتم إلا بالتسليم . وقد قدمنا أن التقنين المدنى السابق كان يسير فى ذلك على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، وكلا التقنينين ورث هذه العينية عن القانون الرومانى . وكانت العينية مفهومة فى القانون الرومانى إذ أن هذا القانون لم يسلم بأن التراضى وحده كاف لانعقاد العقد إلا فى عدد محصور من العقود سمى بالعقود الرضائية وليست الوديعة من بينها . وكانت العقود فى هذا القانون شكلية فى الأصل ، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم فى العقود العينية ومنها الوديعة . أما اليوم فقد أصبحت القاعدة أن التراضى كاف لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل . وكان الواجب أن تتحرر الوديعة من قيود رومانية لم يعد لها اليوم مبرر ، وهذا ما تم فى التقنين المدنى الجديد[1] .

ثانيا — والوديعة ، كالوكالة ، هى فى الأصل من عقود التبرع ، وتكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر . والوديعة غير المأجورة ، كالعارية ، من عقود التفضل (actes de bienfaisance) لا من الهبات (libéralités)[2] .

وإذا صارت الوديعة بالأجر من عقود المعاوضة ، فهى أيضاً كالوكالة

---

(١) انظر فى ذلك بالنسبة إلى عقد القرض وفى أنه لا توجد أهمية عملية من القول بأن الوديعة عقد عينى لا يتم إلا بالتسليم ، فحتى لو كانت عقداً عينياً لأمكن الوصول إليها عن طريق الوعد بالوديعة : الوسيط ٥ فقرة ٢٦٦ — وبالنسبة إلى عقد العارية : الوسيط ٦ فقرة ٨٢٤ .

وقدساير التقنين المدنى الجديد فى رضائية عقد الوديعة تقنين الالتزامات السويسرى (م ١/٤٧٢) . أما فى التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩١٥) ، وفى المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٦٤٦) ، وفى التقنين الألمانى (م ٦٨٨) ، وفى التقنين البولونى (م ١/٥٢٣) ، وفى التقنين اللبنانى (م ١/٦٩٠) وفى التقنينين التونسى والمراكشى (م ٧٨١/٩٩٥) ، فالوديعة عقد عينى (انظر الجزء الثالث من المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى ص ٥٩٨ : وقد ورد فيها أن نص التقنين المدنى الجديد مطابق للمشروع الفرنسى الإيطالى م ١/٦٤٦ ، والصحيح أن المشروع الفرنسى الإيطالى يعتبر الوديعة عقداً عينياً كما قدمنا ، و التقنين الذى يعتبرها عقداً رضائياً هو تقنين الالتزامات السويسرى — انظر محمد على عرفة ص ٤٤٩ وهامش ٤) . ويقال عادة فى تأييد عينية عقد الوديعة إن الالتزام الأساسى فيها هو حفظ الشىء « ولا يتصور أن يلتزم إنسان بحفظ شىء ولما يتسلمه بعد » (محمد على عرفة ص ٤٥٠) . ومع ذلك أمكن أن نتصور أن المستأجر يلتزم بحفظ العين المؤجرة قبل أن يتسلمها ، ولم يقل أحد إن الإيجار ينبغى أن يكون عقداً عينياً .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٥٩ و ٦ فقرة ٨٢٤ .

المأجورة ليست من عقود المضاربة[1] ، وهذا ما يميز بينها وبين المقاولة وعقد العمل كما سيجئ .

ثالثا — والوديعة ، كالوكالة أيضاً ، هى فى الأصل عقد ملزم لجانب واحد . وتبقى على هذا الأصل فى الغالب لأنها لا تكون عادة مأجورة ، بخلاف الوكالة فيغلب فيها الأجر . وإذا كانت الوديعة غير مأجورة ، فإن المودع لايترتب عادة فى ذمته بالوديعة أى التزام ، وتكون الالتزامات كلها فى جانب المودَع عنده فيلتزم بتسلم الشىء المودع وبحفظه وبرده . ولكن يقع أن تكون الوديعة مأجورة فيلتزم المودع بالأجر ، كما يقع أن يترتب فى ذمة المودع التزام برد المصروفات أو بالتعويض وسنرى أن هذا التزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته ، ففى هذه الأحوال تكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين[2] .

رابعا — والوديعة تتميز ، كالوكالة ، بتغلب الاعتبار الشخصى (intuitu personae) ، وهذا الاعتبار أبرز فى شخص المودع عنده منه فى شخص المودع . ومن ثم تنتهى الوديعة بموت المودَع عنده كما سيجىء ، ولايجوز للمودَع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (م ٧٢١ مدنى) ، وسيأتى بيان ذلك .

خامسا — والوديعة عقد غير لازم من جانب المودع ، وسنرى أن للمودع طلب رد الشىء المودع فى أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل ، ما لم يكن الأجل فى مصلحة المودَع عنده .

سادسا — والوديعة تتميز أخيراً بأنها عقد يلتزم به المودَع عنده التزاماً أساسياً بحفظ الشىء المودع . فلا وديعة إذا لم يكن هناك التزام عقدى بالحفظ . فإذا ترك الشىء صاحبه عند آخر ، دون أن يلتزم هذا الآخر صراحة أو

---

(١) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠١٨ ص ٥٦١ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٧٧ — وقرب كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٢٣٢ — وقارن بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠١٨ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٠ ص ٥٠٢ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٦٠ — جوسران ٢ فقرة ١٣٦٦ — محمد على عرفة ص ٤٥٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٣ .

ضمناً بحفظه ، لم يكن هناك عقد وديعة[١] . مثل ذلك أن يترك الخادم أمتعته في منزل مخدومه[٢] ، أو يضع العامل ملابسه التي يرتديها بعد العمل أو دراجته في فناء المصنع إلى أن ينتهي عمله اليومي[٣] ، أو يضع الشخص معطفه أو مظلته أو عصاه في منزل يزوره أو مطعم أو مقهى يرتاده أو « صالون للحلاقة » يدخل فيه[٤] ، أو يخلع الشخص ملابسه في « كابين » ليستحم أو في ناد رياضي ليمارس اللعب أو عند حائك ليجرب الملابس الجديدة التي يخيطها الحائك[٥] . ففي جميع هذه الأحوال لا يوجد عقد وديعة إلا إذا تبين من الظروف أن المودَع عنده قصد أن يلتزم بحفظ الشيء المودع ، كأن خصص مكاناً لحرز هذه الأشياء ، أو وكل إلى مستخدم تسلمها وإعطاء صاحبها ورقة تحمل رقماً (ticket) ليستردها بها[٦] ، أو أعد جراجاً لحفظ السيارات ،

---

(١) انظر في هذا المعنى وفي الأمثلة وأحكام القضاء الفرنسي التي ستوردها بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ .

(٢) نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ٢٦٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢ يوليه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦ – ١ – ٢٨٥ – ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ١٤١ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ١٦ – ١٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٩٧ – ١٥ يوليه سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ – ١ – ١٩ (وفي هذه القضية الأخيرة وضع رب العمل إعلاناً بأنه غير مسئول عن حفظ الأشياء ، ومع ذلك فقد قضى بأنه قد يتبين من الظروف أن هناك وديعة اضطرارية بالرغم من هذا الإعلان : باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ – ٧٥٩ – السين ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دي باليه ١٩٥٠ – ١ – ٢٩٩) .

(٤) ليون الابتدائية ١١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٤ – ٢ – ٣٢٧ – ١٠ أغسطس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ – ٢ – ٤٦٩ – السين ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعي ١٩٢٤ – ٥٥٤ – ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ – ٤٢٣ – ومع ذلك انظر باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ – ٧٥٩ – ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دي باليه ١٩٥٠ – ١ – ٢٩٩ .

(٥) كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ – ٢ – ١٩٠ – باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٣٢٣ – باريس محكمة الصلح ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ٢ – ١٩١ – ١٧ أغسطس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ٥ – ٢ – تولوز محكمة الصلح ٤ أبريل سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ – ٥ – ٥٩ – السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعي ١٩٢٧ – ٥٠٤ – ٢١ يناير سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ – ١٧٣ .

(٦) انظر آنفاً فقرة ١٩٩ .

والدراجات[1] . وليس يكفى أن يلتزم الشخص بحفظ الشيء ، فالمستأجر يلتزم بحفظ الشيء المؤجر ، والمستعير يلتزم بحفظ الشيء المعار ، والمقاول يلتزم بحفظ المادة التى قدمها رب العمل ، والوكيل يلتزم بحفظ أموال الموكل التى تقع فى يده ، والشريك يلتزم بحفظ أموال الشركة التى يعهد بها إليه ، والمرتهن رهن حيازة يلتزم بحفظ المال المرهون ، ولا يعتبر أى عقد من هذه العقود وديعة . وإنما يجب أن يكون الالتزام بحفظ الشيء هو الغرض الأساسى من العقد ، فالوديعة غرضها الأساسى هو الحفظ بالذات . أما الإيجار والعارية فالغرض الأساسى منهما هو الانتفاع بالشيء ، والمقاولة والوكالة غرضهما الأساسى القيام بعمل معين ، والشركة غرضها الأساسى اقتسام ما قد ينشأ من نشاط الشركة من ربح أو خسارة ، ورهن الحيازة غرضه الأساسى تأمين الدين ، والالتزام بالحفظ فى هذه العقود إنما يدخل تبعاً للغرض الأساسى وبصفة غير أصلية[2] .

---

(١) نقض فرنسى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ١٢٩ – ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ٢ – ٩٥ – بوردو ٨ يناير سنة ١٩٤٧ J.C P. ١٩٤٨ – ٢ – ٤٠٣٣ – السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٥٠٤ – نانت الابتدائية ١١ مارس سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ – ٣٥٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٨ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ ص ٤٩٦ – ص ٤٩٧ .

(٢) نقض فرنسى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧ – ١ – ٤٣ – ليموج ١٦ يناير سنة ١٩٣٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٩ – ٢٠٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٨ ص ٤٩٧ – ص ٤٩٨ – چوسران ٢ فقرة ١٣٦١ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مصلحة الجمارك إذ تتسلم البضائع المستوردة وإذ تستبقيها تحت يدها حتى يوفى المستورد الرسوم المقررة لا تضع اليد على هذه البضائع كمودَع لديه متبرع بخدماته لمصلحة المودع ، بل تحتفظ بها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها وهى وفاء الرسوم المستحقة ، ومن ثم فإنه فى حالة فقد البضائع لا يجوز لها التحدى بأحكام عقد الوديعة وبأن مسئوليتها لا تعدو مسئولية المودع لديه بلا أجر ، وذلك لانتفاء قيام هذا العقد الذى لا يقوم إلا إذا كان القصد من تسليم الشيء أساساً هو المحافظة عليه ورده للمودع عند طلبه . فإذا كانت المحافظة على الشيء متفرعة عن أصل آخر كما هو الشأن فى الرهن الحيازى ، انتفى القول بوجوب تطبيق أحكام الوديعة (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٢ ص ١٥٤٥ – انظر عكس ذلك وأن مصلحة الجمارك تعتبر مودعا عندها غير مأجورة : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٤) . وقضى من جهة أخرى بأن وجود النقود =

٣٣٥ — تمييز عقد الوديعة عن العقود الأخرى : سبق أن استعرضنا، فيما قدمناه من العقود المسماة ، كيف يتميز عقد الوديعة عن العقود الأخرى ، فنشير هنا في إيجاز إلى ما قدمناه من ذلك .

قد يدق التمييز بين الوديعة والبيع فيما يسمى بعقد المحاسبة (content estimatoire, aestimatum) . فيودع مثلا تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعها ، على أن يرد له ثمنها بسعر معين إذا باعها أو يردها هي بذاتها إذا لم يتمكن من بيعها . وكالمجوهرات الكتب والبضائع المختلفة يودعها أصحابها في المكتبات أو عند تجار التجزئة ليبيعوها على هذا النحو . فإذا بيعت جاز اعتبار العقد وكالة مأجورة ، أوجاز اعتباره بيعاً من تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة بالسعر المعين وهو بيع معلق على شرط واقف هو أن يتمكن تاجر التجزئة من بيع البضاعة بالثمن الذي يحدده والفرق بين هذا الثمن والسعر المبين هو مكسب تاجر التجزئة . والقول بتكييف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين ، ويستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الواقع . أما إذا لم يبع تاجر التجزئة البضاعة وردها بعينها إلى صاحبها ، جاز اعتبار العقد وديعة[1] ، وتكون وديعة معلقة على شرط فاسخ هو البيع[2] .

= المتحصلة من الأموال الأميرية طرف الصراف يعتبر أنه على سبيل الوديعة ، فإذا سرقت منه هذه النقود فالحكومة هي التي تتحمل الخسارة طبقاً للمادة ٤٨٩ مدني ، ولا يلزم الصراف بدفع المبلغ من ماله الخاص (استئناف وطني ٢٤ نوفبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩١ ص ٩٠) .

(١) بودري وڤال في الوديعة فقرة ١٠١٥ .

(٢) انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٣١ — ص ٣٢ — فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٧٦ — فقرة ١٩٠ — وانظر في أن العقد لا يمكن أن يكون وكالة ، إذ ليس على تاجر التجزئة أن يقدم حساباً ، ويجوز له شراء البضاعة لنفسه ، وإذا هلكت البضاعة بسبب أجنبي تحمل تبعة الهلاك خلافاً الوكيل : فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٧٨ — فقرة ١٨٠ — وانظر في أن العقد بيع تحت شرط واقف : نقض فرنسي ٢٢ يونيه سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ — ١ — ٤٧١ — تولوز ٩ يوليه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٤ — ٢ — ١٣٨ — ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ — ٥ — ٧٢ — السين ١٥ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ٢ — ٨٨ . وانظر في انتقاد تكييف أن العقد بيع تحت شرط واقف : فلاتيه في العقود لحساب الغير فقرة ١٨١ — فقرة ١٨٤ — وفي انتقاد أن العقد شركة فقرة ١٨٥ — أو وديعة فقرة ١٨٦ — أو مقاولة أو سمسرة فقرة ١٨٧ — وفي أن العقد هو عقد غير مسمى يلتزم فيه تاجر التجزئة التزاما تخييرياً نحو تاجر الجملة إما برد الشيء ذاته وإما برد السعر المعين فقرة ١٨٨ — وانظر في عقد المحاسبة المواد ١٥٥٦ — ١٥٥٨ من التقنين المدني الإيطالي الجديد .

=

وإذا سلم قطن لحالج بموجب إيصالات ذكر فيها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ، لم يكن العقد وديعة ، فإذا تصرف صاحب المحلج فى القطن بدون إذن صاحبه لم يعتبر ذلك تبديدا[1] . وإذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشترى ، فإن وجود المبيع عند المشترى فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة ، فإن تصرف فيه إضرارا بصاحبه كان مبدداً[2] .

وتتميز الوديعة عن القرض ، فالوديعة لاتنقل ملكية الشىء ولا يجوز استعماله ويجب رده بالذات ، أما القرض فينقل ملكية الشىء على أن يرد مثله . ومع ذلك فقد يودع شخص فى البنك مبلغاً عن النقود على أن يسترد مثله ، وهذا ما يسمى بالوديعة الناقصة (dépôt irrégulier) . وقد اختلف فى تكييف هذا العقد فى فرنسا ، أما فى مصر فقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف واعتبر العقد قرضاً (م ٧٢٦ مدنى)[3] ، وسيجىء تفصيل ذلك .

وتختلف الوديعة عن الإيجار فى أن المودَع عنده لاينتفع بالعين المودعة أما المستأجر فينتفع بالعين المؤجرة ويدفع أجرة فى مقابل هذا الانتفاع . وقد يقع لبس بين العقدين فى أحوال ، أبرزها التعاقد مع مصرف على تخصيص خزانة لإيداع الأشياء الثمينة بها (location des coffres-forts) . وقد رجح أخيراً الرأى الذى يذهب إلى أن العقد ليس إيجاراً وإنما هو وديعة ، وهو من عقود الحفظ المهنية (contrats de garde) حيث يتخذ الشخص الوديعة

= وانظر فى معنى أن العقد غير مسمى ما قضى به من أنه لا يعتبر مبدداً الصائغ الذى يتسلم من صائغ مثله قطعاً مصوغة من الذهب بثمن معين على أن يبيعها لحسابه ويدفع لصاحبها الثمن المتفق عليه ، أو يردها عيناً إذا لم يبعها ، فلم يفعل المتهم لا هذا ولا ذاك ، لأن العقد الذى يتم بين الصائغين هو عقد غير مسمى لا يدخل فى العقود التى نصت عليها المادة ٢٩٦ من قانون العقوبات : الوايلى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٦٢ ص ٣٨٨ .

(١) نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ .

(٢) نقض جنائى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩ — ولكن قارن بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٢ .

(٣) الوسيط ٥ فقرة ٢٧٢ .

المأجورة حرفة له ، كالمصرف بالنسبة إلى الخزانة ، وكصاحب الجراج العام بالنسبة إلى السيارات التى تودع عنده[١] .

وتتفق الوديعة مع العارية فى أن كلا من المودع عنده والمستعير يتسلم شيئاً للغير يحفظه عنده ويرده إليه عند نهاية العقد ، ولكن المودع عنده يتسلم الشيء ليحفظه دون أن يستعمله فالغرض الأساسى من العقد هو الحفظ كما قدمنا ، أما المستعير فيتسلم الشيء لينتفع به فالغرض الأساسى هو استعمال الشيء لا الحفظ . ومن ثم إذا أودع شخص بضائع فى مخزن لآخر لحفظها فالعقد وديعة ، أو أذن له فى استعمالها وكان هذا هو الغرض الأساسى من التعاقد فالعقد عارية[٢] .

وتشتبه الوديعة المأجورة بالمقاولة وبعقد العمل ، إذ المودَع عنده يقوم بعمل لمصلحة الغير هو حفظ الشيء لقاء أجر معلوم ، فهو مأجور على عمله كالمقاول والعامل . ولكن المودَع عنده ، حتى لو كان مأجوراً ، ليس مضارباً ولايبغى الكسب من وراء الأجر كما قدمنا . على أن هناك من الودائع المأجورة ما يقترب من المقاولة إلى حد بعيد ، وذلك فيما قدمناه من عقود الحفظ المهنية حيث يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون فى هذه الحالة مضارباً يبغى الكسب[٣] .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٦ فقرة ١٠ .

(٢) انظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٨٢٥ ص ١٥١٣ .

(٣) انظر فى التمييز بين المقاولة والوديعة آنفاً فقرة ٧ – ولكن عقود الحفظ تبقى مع ذلك عقود وديعة لا عقود مقاولة ، وعلى ذلك يعتبر وديعة الإيداع فى مخازن الإيداع بمحطات السكك الحديدية (باريس ٨ مارس سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٨ – ٢ – ٤٦٢) ، وفى الجراجات العامة (نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ – ١–١٤ – بوردو ١٢ مايو سنة ١٩٣١ جازيت دى پاليه ١٩٣١ – ٢ – ٢٢٣) ، وفى المصارف المعهود إليها حفظ الأوراق المالية للعميل (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٧١ – السين ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٤– ٢ – ١٣٩ – ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٤ – ٢ – ٥٧ – ٩ يوليه سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٤٣١) ، وفى المخازن العامة (نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ١٨٧ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٧١) ، وفى محلات الودائع (vestiaires) فى المطاعم والملاعب والحمامات والكازينوهات (باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٢٢٣ – السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ – ٥٠٤ – ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ جازيت دى پاليه ١٩٥٣ – ٢ – ٦١) .

وقد تقترن الوديعة بالوكالة . والأصل أن الوكيل إذا وقع فى يده مال للموكل ، بقى العقد وكالة لأنه لم يتسلم المال لحفظه بل لتنفيذ الوكالة . ومع ذلك إذا أودع شخص مالا عند آخر لحفظه ، ووكله فى الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له يستوفى منه حقه ، فهذه وديعة مقترنة بوكالة . والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس فى إدارة المال الموضوع تحت الحراسة[١] .

وتتفق الوديعة مع رهن الحيازة فى أن صاحب الشيء يودعه فى العقدين عند شخص آخر . ولكن الغرض الرئيسى فى الوديعة هو حفظ هذا الشيء كما قدمنا ، أما فى رهن الحيازة فالاحتفاظ به ليكون ضماناً للدين[٢] . وقد يرهن شخص شيئاً مودعاً عند آخر ، فيبقى المودَع عنده حائزاً للشيء لحساب الدائن المرتهن ، ومن ثم تكون هناك وديعة مقترنة برهن . وأكثر ما يقع ذلك عندما يرهن صاحب البضاعة بضاعته المودَعة فى مخزن عام ، وتبقى البضاعة مودعة فى المخزن العام لحساب الدائن المرتهن[٣] .

٣٣٦ — التنظيم التشريعى لعقد الوديعة : وضع التقنين المدنى الجديد الوديعة فى مكانها الصحيح بين العقود الواردة على العمل ، ورتب أحكامها

= أما إذا دفع العميل للصانع شيئاً يرممه ، أو للجراج سيارة يصلحها ، فالغرض الأساسى من العقد ليس هو حفظ الشيء بل إصلاحه ، ومن ثم يكون العقد مقاولة لا وديعة . كذلك فى عقد النقل ليس الغرض الأساسى هو حفظ الأمتعة بل النقل من مكان إلى آخر ، ومن ثم لا يتضمن عقد النقل عقد وديعة (انظر فى ذلك أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ — ص ١٦٨ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٠ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٧٨ — فقرة ٢٨٨٢ — وقارن كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٢٣٢ ص ٨٠٧) .

(١) انظر فى اقتران الوديعة بالوكالة آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٢) نقض فرنسى ٢٩ نوفبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧ — ١ — ٤٣ — ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٥ — ١ — ٢٥ — لوران ٢٧ فقرة ٧٥ — جيوار فقرة ٢٦ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠١٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٤ .

(٣) نقض فرنسى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٦٨ — ليون أول أبريل سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ — ٢ — ١١٨ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧١ ص ٥٠٤ هامش ٦ .

وانظر فى اشتباه الوديعة بالشركة وبالقرض : استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ — ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٧٣ — انظر الوسيط ٥ فقرة ٢٧١ .

ترتيباً منطقياً ، وأدخل تعديلات على أحكام التقنين المدنى القديم فى مواضع متفرقة . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تفصيل ذلك فيما يأتى : « وضعت الوديعة بين العقود الواردة على العمل ، ورتبت أحكامها ترتيباً منطقيا ، فعرفت الوديعة ، ثم حددت التزامات الوديع والتزامات المودع . وذكرت بعض حالات تنطبق عليها أحكام الوديعة ، إلا فى مسائل معينة تنفرد بها بأحكام خاصة . ويختلف المشروع عن التقنين الحالى (القديم) فى مسائل أهمها ما يأتى » :

« (١) جعل المشروع الوديعة عقداً رضائياً ، كما فعل بالقرض والعارية ، وهى فى التقنين الحالى (القديم) عقد عينى » .

« (٢) بين المشروع بوضوح التزامات كل من الطرفين » .

« (٣) فرق المشروع بين ما إذا كانت الوديعة عادية وبغير أجر ، وبين ما إذا كانت بأجر . فجعل فى الحالة الأولى معيار العناية المطلوبة من الوديع معياراً شخصياً إذا كانت عنايته العادية بأمواله الشخصية لا تفوق عناية متوسط الناس. وأما فى الحالة الثانية فقد جعل المعيار معياراً موضوعياً ، فهو يفرض على الوديع عناية المتوسط من الناس ولو كانت عنايته الشخصية بأمواله الخاصة دون ذلك المتوسط » .

« (٤) عرض المشروع لبعض حالات من الوديعة أشار إليها التقنين الحالى (القديم) إشارة قاصرة ، ففصل المشروع أحكام كل منها ، ووضع لها ما تقتضيه من أحكام خاصة »(١) .

٣٣٧ — خطة البحث : ونبحث الوديعة فى فصول أربعة ، فنبحث أركان الوديعة فى الفصل الأول ، ثم آثار الوديعة فى الفصل الثانى ، ثم انتهاء الوديعة فى الفصل الثالث ، ثم بعض أنواع الوديعة فى الفصل الرابع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١ — نضيف إلى ذلك أمرين أصلح فيهما التقنين الجديد من عيوب التقنين القديم : (الأمر الأول) أن التقنين القديم كان يشترط أن يكون الشيء المودع منقولا (م٤٨٢/٥٩٠) مجارياً فى ذلك التقنين المدنى الفرنسى (م ١٩١٨) ، ولم يشترط التقنين الجديد (م ٧١٨) أن يكون الشيء المودع منقولا فيصح إذن أن يكون عقاراً ، وهذا هو الصحيح كما سنرى . (الأمر الثانى) أن التقنين القديم كان يشترط أن تكون الوديعة دون أجر (م٤٨٢/٥٩٠) ، أما التقنين الجديد (م ٧٢٠ وم ٧٢٤) فقد أجاز صراحة أن تكون الوديعة بأجر ، وهذا أيضاً هو الصحيح كما سنرى

الفصل الأول

أركان الوديعة

٣٣٨ — **أركانه ثلاثة** : لعقد الوديعة ، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود ، أركان ثلاثة : التراضى والمحل والسبب .

الفرع الأول

التراضى فى عقد الوديعة

٣٣٩ — **شروط الانعقاد وشروط الصحة** : نتكلم فى شروط الانعقاد فى التراضى ، ثم فى شروط صحة التراضى .

المبحث الأول

شروط الانعقاد

٣٤٠ — **توافق الإيجاب والقبول كاف فى عقد الوديعة** : الوديعة كما قدمنا عقد رضائى ، فيكفى لانعقادها توافق الإيجاب والقبول من المودع والمودع عنده . وليس التسليم ركناً فيها كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى القديم[1] ، إذ كانت عقداً عينياً كما سبق القول .

ولا توجد أحكام خاصة بعقد الوديعة فى هذا الصدد ، ومن ثم تسرى القواعد العامة المقررة فى نظرية العقد . فإذا أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون وديعة ، واعتقد الآخر أنه هبة أو عارية ، لم يتوافق الإيجاب والقبول ،

---

(١) قارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى حيث العارية عقد عينى ، ومن ثم تنص المادة ٦٩٥ من هذا التقنين على أن « يتم عقد الإيداع بقبول الفريقين وبتسليم الشىء — ويكفى التسليم الحكمى عندما يكون الشىء المراد إيداعه موجوداً من قبل فى حوزة الوديع بسبب آخر » .

فلا ينعقد العقد لاباعتباره هبة ولاباعتباره عارية ولاباعتباره وديعة . كذلك لو أعطى شخص شيئاً لآخر وقصد أن يكون هبة ، وقبله الآخر على أنه وديعة ، لم يكن هناك لاهبة ولاوديعة ، لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقا على ماهية العقد . وتسرى الأحكام المتعلقة بطرق التعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، والوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، وموت من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقده لأهليته ، والتعاقد ما بين الغائبين ،والنيابة فى التعاقد ، وغير ذلك من الأحكام[1] .

ومذ أصبحت الوديعة عقداً رضائياً ، صار الوعد بالوديعة يعدل الوديعة نفسها ، ولم تعد هناك أهمية للتمييز بينهما[2] .

والذى يملك أن يودع الشىء هو فى الأصل مالكه ، فيجوز للمالك أن يودع ملكه ، وكذلك يجوز الإيداع من النائب عن المالك . وكيلا كان أو ولياً أو وصياً أو قيما . ولكل من له حق التصرف فى الانتفاع بالشىء أن يودعه ولو لم يكن مالكاً له ، فيجوز الإيداع من صاحب المنفعة ، ومن المستأجر ، ومن المستعير ، ومن المرتهن رهن حيازة[3] ، ولهؤلاء جميعاً أن يودعوا الشىء حتى عند المالك نفسه . أما من لا يملك التصرف فى الانتفاع بالشىء فلا يجوز له فى الأصل الإيداع ، فالمودَع عنده لا يملك أن يودع الشىء من الباطن إلا بإذن المودع ما لم يكن مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (م ٧٢١ مدنى) كما سيجىء . وإذا أودع الشىء من لا يملكه وليس له التصرف فى الانتفاع به ، لم تنفذ الوديعة فى حق المالك ، فإذا أودع السارق

---

(١) وقد أورد التقنين المدنى العراقى نصاً خاصاً باقتران الوديعة بشرط أراد به تعديل أحكام المذهب الحنفى فيما يتعلق باقتران العقد بالشروط ، فنصت المادة ٩٥٩ من هذا التقنين على أنه « إذا اشترط فى عقد الوديعة شرط على الوديع ، وكان الشرط مفيداً ومراعاته ممكنة ، وجب اعتباره والعمل به . وإن كان غير مفيد أوكان مفيداً ولكن مراعاته غير ممكنة ، فهو لغو لا يعمل به » .

(٢) انظر مثل ذلك بالنسبة إلى القرض الوسيط ٥ فقرة ٢٧٩ ص ٤٣٥ ، وبالنسبة إلى العارية الوسيط ٦ فقرة ٨٣١ ص ١٥١٧ .

(٣) ولهم أن يستردوا الشىء المودع بدعوى الوديعة لا بدعوى الاستحقاق، إذ هم لا يملكون الشىء المودع (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ هامش ٥) .

المسروق عند شخص آخر ، صحت الوديعة فيما بين المتعاقدين(١) ، ولكنها لا تنفذ فى حق المسروق منه ، ولهذا أن يسترد الشىء المسروق من المودع عنده(٢) .

٣٤١ — إثبات الوديعة : والأصل فى الوديعة أن تكون عقداً مدنياً ، ما لم تكن تابعة لعمل من أعمال التجارة فتعتبر عندئذ عقداً تجارياً(٣) ، كما إذا أودع تاجر بضائعه فى مخزن عام فيكون العقد تجارياً من جانب كل من المودع والمودع عنده ، وكما إذا أودع شخص نقوده فى مصرف فيكون العقد تجارياً من جانب المودَع عنده ومدنياً من جانب المودع .

فإذا كانت الوديعة عقداً تجارياً ، جاز إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن أياً كانت قيمة الوديعة ولو زادت على عشرة جنيهات(٤) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فالعقد (الوديعة) يتم قبل تسلم الشىء ، وهو لا ينقل إلى الوديع إلا الحيازة المادية للشىء : انظر م ٢٢٢٥ من التقنين الأرجنتينى ، فلا يخوله ملكية ذلك الشىء ولا استعماله ولا استغلاله . فلا يشترط فيه إذن أن يكون المودع مالكاً ، إذ أنه عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر سواء أكان هذا الآخر مالكاً أم غير مالك : انظر فى هذا المعنى م ١٠٠٠ من التقنين التونسى و م ٧٨٦ من التقنين المراكشى و م ٦٩٤ من التقنين اللبنانى . وانظر عكس ذلك م ١٩٢٢ من التقنين الفرنسى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٣) .

(٢) هيك ١١ فقرة ١٣٢ — جيوار فقرة ٣١ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٣٤ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٧ ص ٤٩٦ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٥ — محمد على عرفة ص ٤٦٠ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٨ — وتنص المادة ٦٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « ليس من الضرورة لصحة الإيداع بين الفريقين أن يكون المودع مالكاً للوديعة أو واضعاً يده عليها بوجه شرعى » .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٣٣ — جيوار فقرة ٤٠ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٤٦ وفقرة ١١٨٠ مكررة ثالثا ومع ذلك انظر فقرة ١٠١٨ ص ٥٦١ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ — محمد على عرفة ص ٤٥٧ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٠ ص ٤٠٦ وفقرة ٣١٠ ص ٤١٦ — نقض فرنسى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٤٧ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ — ١ — ١٢٩ .

(٤) نقض فرنسى ٢٤ نوفبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ١٦ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤ — ١ — ١٢٩ (عامل يودع عند رب المصنع دراجته أو ملابسه ، فيجوز إثبات الوديعة ضد رب المصنع بالبينة وبالقرائن) — ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ الأسبوع —

أما إذا كانت الوديعة عقداً مدنياً ، فإن القواعد المقررة فى الإثبات هى التى تسرى[1] ، فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا لم ترد قيمة الوديعة على عشرة جنيهات . فإن زادت على هذه القيمة ، لم يجز الإثبات إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو بالقرائن[2] ، أو بالإقرار[3] ، أو باليمين[4] . كذلك يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن إذا حال مانع مادى أو أدبى دون

= القضائى (.Sem. Jur) ١٩٢٩ ص ٥٣٠ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٩٤٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ .

(١) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٤٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ – ص ١٧١ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٤ .

(٢) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٧ – وتقديم ورقة تحمل رقماً (ticket) دليل كاف على واقعة الإيداع ، ولحامل هذه الورقة أن يثبت محل الوديعة بجميع طرق الإثبات (كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ – ١ – ١٩٠ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ – ص ٥٠٩) . وقد يعد رفض الخصم الحضور شخصياً أو الإجابة مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ هامش ٨) .

(٣) وللوصول إلى الإقرار يجوز استجواب الخصم (ديجون ١٢ مايو سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧ – ٢ – ١٢٩ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٤٨) . أو طلب حضوره شخصياً (روان ٣١ يناير سنة ١٨٥١ داللوز ٥٢ – ٢ – ٨٤) – وإقرار المودع عنده لا يكون حجة على الغير ، كدائن يريد الحجز على الشىء المودع باعتباره مملوكاً للمودع عنده فيقرر هذا الأخير بأنه وديعة (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٤) – وإذا أقر المودع عنده بالوديعة ولكنه قال إنه ردها ، لم يجزأ عليه إقراره ، ووجب على المودع أن يثبت أن المودع عنده لم يرد الوديعة (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٤٧ ص ٥٧٥ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٣٤ ص ٨٠٨) . وإذا أقر المودع عنده بالوديعة فى شىء دون آخر ، وجب على المودع إثبات الوديعة فى الشىء الآخر ، كذلك إذا أقر بالوديعة فى ذاتها دون الشىء المودع فإنه يجب على المودع أن يثبت ذاتية الشىء المودع (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٤٧) . وقد يترك المودع عنده بعد موته إقراراً مكتوباً بالوديعة ، فيعتبر هذا الإقرار دليلا كتابياً على الوديعة (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٤٧ ص ٥٧٤ هامش ٤) .

(٤) فإذا لم يوجد دليل كتابى على الإيداع أو على محل الوديعة ، صدق المودع عنده فى هذه الوقائع بيمينه (انظر م ١٩٢٦ مدنى فرنسى – ترولون فقرة ٤٦ – جيوار فقرة ٤٠ – هيك ١١ فقرة ٢٣٣ – فقرة ٢٣٤ – بون ١ فقرة ٤١١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ – ص ١٧١ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨) .

الحصول على دليل كتابي[١] ، أو إذا فقد السند الكتابي لسبب أجنبي[٢] .

وتسرى قواعد الإثبات المتقدمة الذكر حتى فى المسائل الجنائية ، كما إذا وجب إثبات الوديعة فى مناسبة جريمة التبديد[٣].

---

(١) وقد يحول دون الحصول على الدليل الكتابي غش الطرف الآخر (نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٣ - ١ - ٣٦٦ - ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ٢٩٣) ، أو قيام صلة قرابة تربط الطرفين (ليون ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ - ٣٢٢ : وقد اعتبر هذا الحكم صلة القرابة بين العمة وابن أخيها غير كافية لقيام المانع الأدبى) ، أو جريان العادة بعدم الحصول على دليل كتابي (باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٢٣) ، أو أن تكون الوديعة اضطرارية كما سيجيء . انظر فى ذلك أيضاً أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢١٥ مدنى (قديم) تبيح إثبات عقد الوديعة بالبينة فى حالة وجود مانع لدى صاحب الحق من الحصول على سند بالكتابة من غريمه . وقد يكون المانع مادياً ، كما يجوز أن يكون أدبياً . وتقدير ذلك على كل حال لمحكمة الموضوع . فإذا رأى قاضى الموضوع لعلاقة الأخوة بين المودع والمودع لديه ولاعتبارات أخرى أوردها فى حكمه قيام هذا المانع المسوغ لإثبات الوديعة بالبينة ، فلا معقب عليه فى قضائه فى ذلك (نقض جنائى ٣ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ٣٨٣ ص ٤٨٧) .

ولا يجوز القول إن الجميل الذى يوليه المودع عنده للمودع بقبوله الوديعة ، وبخاصة إذا كانت بغير أجر ، يكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الكتابة (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٤٥) .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٣٣ - جيوار فقرة ٤٠ - بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٤٦ - محمد على عرفة ص ٤٥٧ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ - مصر المختلطة ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ١ - نقض فرنسى جنائى ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ و ٥ مايو سنة ١٨١٥ و ١٠ أبريل سنة ١٨١٩ S. Chr. - ١٢ أغسطس سنة ١٨٤٨ داللوز ٤٨ - ٤ - ٩٩ - أول سبتمبر سنة ١٨٤٨ داللوز ٤٩ - ١ - ٢٢ - ترولون فقرة ٤٧ - ديفرچييه فقرة ٤١٧ - لوران ٢٧ فقرة ٨٨ - هيك ١١ فقرة ٢٣٤ - جيوار فقرة ٤٥ - پون ١ فقرة ٤٠٤ - بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٥٢ - پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٩ - محمد على عرفة ص ٤٥٦ .

ووجوب اتباع القواعد العامة فى الإثبات إنما يكون فيما بين المودع والمودع عنده ، أما بالنسبة إلى الغير إذا تعدى على الشيء المودع ، فليس المودع فى حاجة إلى إثبات الوديعة ، وعليه فقط أن يثبت التعدى وهو واقعة مادية ، يجوز إثباتها بجميع الطرق . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه ، بطلب الحكم عليهما متضامنين بأن يدفعا إلى المدعية مبلغاً تعويضاً لها عن عبث الخادم بحلى كانت فى علبة استودعتها السيد ، هى دعوى متضمنة فى الواقع دعويين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم ، وفيها يدور الإثبات بينه وبين =

ويعنى المودع فى كثير من الأحيان أن تكون فى يده ورقة مكتوبة تثبت الوديعة ، حتى لا يصطدم بدعوى المودَع عنده أن الشيء المودع قد سلم له على سبيل الهبة اليدوية أو على سبيل العارية ، والظاهر يؤيده لأنه حائز للشيء[1] . كذلك قد يعنى المودع عنده أن تكون فى يده كتابة تثبت الوديعة ، حتى إذا أنكرها المودع وأراد اعتبار المودع عنده مغتصباً تجب مساءلته عن التعويض استطاع هذا الأخير رفع الدعوى بإثبات الوديعة .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٣٤٢ — الأهلية فى عقد الوديعة : يجب التمييز هنا بين المودع والمودَع عنده .

فالمودع ، حتى لو كانت الوديعة بأجر ، يقوم بعمل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف . فلا تشترط فيه إذن أهلية التصرف ، وتكفى أهلية الإدارة[2] . ومن ثم يكون الصبى المميز والمحجور عليه المأذون لهما فى إدارة أموالهما من ذوى الأهلية للإيداع . ومن باب أولى يكون أهلا للإيداع البالغ سن الرشد . أما الصبى المميز غير المأذون له فى إدارة أمواله ، ومن يلحق

= المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأى طريق من طرق الإثبات ، فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ، ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقعت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ، ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) .

(١) باريس ٢٠ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ٢ — ٢٢٤ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٤ ص ٥٠٨ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٣٦ — جيوار فقرة ٣٣ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٢٨ — فقرة ١٠٢٩ — محمد على عرفة ص ٤٥٩ (ويذهب إلى وجوب توافر أهلية التصرف إذا التزم المودع بأجر لا يخرج من دخله) — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١٠ هامش ٢ .

به من المحجور عليهم ، فلا يكونون أهلا للإيداع ،وإنما يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يقوم بإيداع أموالهم ، لأن الإيداع عمل من أعمال الإدارة كما سبق القول فيدخل فى ولاية النائب عن المحجور عليه[1] . وإذا أودع الصبى المميز غير المأذون له فى إدارة ماله ، كانت الوديعة قابلة للإبطال ، وجاز لوليه ، أوله عند بلوغه سن الرشد ، أن يطلب إبطال الوديعة[2] .وقد يقال إنه فى غنى عن ذلك إذ الوديعة عقد غير لازم بالنسبة إليه ، فيستطيع استرداد الشيء المودع فى أى وقت دون حاجة إلى إبطال العقد . ولكن يرد على ذلك بأنه قد يكون للوديعة أجل محدد فى مصلحة المودع عنده أويكون هذا مأذوناً فى استعمال الوديعة ، وعند ذلك لا يستطيع المودع التحلل من الوديعة بإرادته المنفردة كما سنرى ، ولايبقى أمامه إلا إبطال العقد . هذا إلى أن المودع قد يرى نفسه ملتزماً بموجب عقد الوديعة بدفع أجر للمودع عنده أوبأن يرد له ما أنفقه من مصروفات أو بأن يعوضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، فيستطيع أن يتخلص من هذه الالتزامات بإبطاله الوديعة ،ولا يكون مسئولا إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلاسبب[3] .

---

(١) جيوار فقرة ٣٣ – بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٢٨ – أما الوديعة الناقصة فهى قرض كما سيجىء ، ومن ثم يجب أن يكون المودع متوافراً على أهلية التصرف ولا تكفى أهلية الإدارة ، لأنه ينقل ملكية الشيء المودع (بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٣٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ص ٤١٠ هامش ٢) .

(٢) وإذا كان المودع عنده أهلا للتصرف فإنه لا يستطيع إبطال الوديعة ولو أن المودع كان غير أهل للإدارة ، إذ لا يجوز إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته إبطال العقد . ومن ثم يبقى المودع عنده ملتزماً بالوديعة مادام المودع لم يطلب إبطال العقد ، وأدى ما ترتبه الوديعة فى ذمته من التزامات (بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٣١ – محمد على عرفة ص ٤٦٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٦ ش ٤١١ . وانظر م ١٩٢٥/٢ مدنى فرنسى) .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ . وله أن يسترد الشيء المودع ، ولكن لا بدعوى الوديعة فهذه قد أبطلت ، ولكن بدعوى الاستحقاق ، ومن ثم يشترط أن يكون مالكاً للشيء المودع (بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٣٢ ص ٥٦٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٣) .

وقارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى وهو يشترط توافر أهلية الالتزام (أى أهلية التصرف) فى كل من المودع والمودع عنده . وقد نصت المادة ٦٩٢ من هذا التقنين فى هذا الصدد على ما يأتى : « إن الإيداع وقبول الوديعة يستوجبان أهلية الالتزام عند المودع والوديع – =

أما المودَع عنده ، حتى لو كان يأخذ أجراً ، فإنه يلتزم بحفظ الشيء وبرده ، وقد يجر عليه الالتزام بالحفظ مسئوليات ثقيلة ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة أي أهلية التصرف والالتزام ، ولا تكفي أهلية الإدارة[1] ، فلا يجوز إذن أن يقبل الوديعة إلا من بلغ سن الرشد . وإذا قبل الوديعة الصبي المميز ومن هو في حكمه ، ولو كان مأذوناً لهم في الإدارة ، فإن الوديعة تكون قابلة للإبطال . ويستطيع الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد ، أو وليه قبل ذلك ، أن يطلب إبطال الوديعة ، فيتحلل من التزاماته ، ولا يرجع عليه المودع إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب[2] . فإذا أضاع الشيء المودع ، أو انتقل من يده إلى يد شخص آخر ، أو أتلفه الغير ، لم يكن مسئولا عن رده سليما إلى المودع ، ولا يرجع هذا عليه إلا بمقدار ما انتفع[3] . وهذا ما لم يكن المودع عنده قد ارتكب خطأً تقصيرياً ، فإنه في هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض الكامل ، لأن المميز يلتزم التزاماً كاملا بخطأه التقصيري[4] .

= على أنه إذا قبل شخص ذو أهلية من شخص لا أهلية له إيداع شيء ما ، لزمه أن يقوم بجميع موجبات الوديع » . ونصت المادة ٦٩٣ من نفس التقنين على ما يأتي : « إذا أودع شخص من ذوي الأهلية وديعة عند شخص لا يتمتع بالأهلية ، جاز له أن يطلب إرجاعها إليه إذا كانت لا تزال بين يدي الوديع . أما إذا كانت الوديعة قد انتقلت إلى يد أخرى ، فلا يجوز له إقامة دعوى الاسترداد إلا بما يساوي قيمة الكسب الذي أحرزه فاقد الأهلية . وتطبق عند الاقتضاء القواعد المختصة بتبعة فاقدي الأهلية عند ارتكابهم جرما أو شبه جرم » .

(١) جيوار فقرة ٣٤ – بودري وﭬال في الوديعة فقرة ١٠٣٥ – محمد علي عرفة ص ٤٥٨ – عكس ذلك هيك ١١ فقرة ٢٣٦ .

(٢) وإذا كان المودع أهلا للإدارة ، فإنه لا يستطيع إبطال الوديعة ، لأن الإبطال قد شرع لمصلحة المودع عنده في الحالة التي نحن بصددها (بودري وﭬال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ ص ٥٦٩ – محمد علي عرفة ص ٤٥٨) . فإذا لم يطلب المودع عنده الإبطال ، بقي العقد منتجاً لآثاره ، منشئاً لما يترتب عليه من الالتزامات في جانب كل من الطرفين (بودري وﭬال في الوديعة فقرة ١٠٣١ ص ٥٦٧ – محمد علي عرفة ص ٤٥٨ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٦ ص ٤١١) .

(٣) جيوار فقرة ٣٦ – بودري وﭬال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ – وانظر م ١٩٢٦ مدني فرنسي . ويجوز في حالة إبطال الوديعة أن يسترد المودع الشيء المودع بدعوى استحقاق إذا كان هو المالك (ترولون فقرة ٥٥ – بودري وﭬال في الوديعة فقرة ١٠٣٦ ص ٥٧٠ – انظر عكس ذلك وأن للمودع استرداد الشيء ولو لم يكن هو المالك مادام الشيء لا يزال باقياً في يد المودع عنده : أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٦٩ – محمد علي عرفة ص ٤٥٩ هامش ١) .

(٤) ديفرجييه فقرة ٣١٤ – ترولون فقرة ٥٨ – جيوار فقرة ٣٧ – بودري وﭬال =

٣٤٣ — عيوب الإرادة فى عقد الوديعة : ولا توجد أحكام تختص بها عقد الوديعة فى صدد عيوب الإدارة ، فتسرى القواعد العامة المقررة فى هذا الشأن .

ولكن يلاحظ أن الوديعة يدخل فيها الاعتبار الشخصى ، ومن ثم يغلب أن تكون شخصية المودع ملحوظة فى العقد ، وتكون شخصية المودع عنده دائماً ملحوظة . فتبطل الوديعة إذن للغلط فى شخص المودع ، وبخاصة للغلط فى شخص المودَع عنده[1] .

والإكراه يعيب الإرادة فى الوديعة كما يعيبها فى سائر العقود . ولكن الوديعة الاضطرارية صحيحة كما سنرى ، وإذا كانت إرادة المودع تقع تحت ضغط فى هذه الوديعة ؛ فإن هذا الضغط لا يصل إلى حد الإكراه .

الفرع الثانى

المحل والسبب فى عقد الوديعة

٣٤٤ — الشروط الواجب توافرها فى الشىء المودع : المحل الأصلى فى عقد الوديعة هو الشىء المودع . وقد يشترط أجر للوديعة فيصبح الأجر محلا آخر ، ولكنه محل عرضى قد يوجد وقد لا يوجد[2] .

ويجب أن يتوافر فى الشىء المودع الشروط العامة التى يجب توافرها

= فى الوديعة فقرة ١٠٣٧ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٢ ص ١٧٠ — محمد على عرفة ص ٤٥٩ .

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٦٧ — وإذا وقع المودع فى غلط فى شخص المودع عنده ، فقد تكون له مصلحة فى إبطال العقد ، وذلك إذا تعذر عليه الرجوع فى الوديعة ، كما إذا كان الأجل لمصلحة المودع عنده أو أذن لهذا الأخير فى استعمال الوديعة ، وكما إذا كان المودع ملتزماً بدفع أجر . وقد يقع الغلط فى صفة جوهرية للشىء ، كما إذا كان الشىء المودع خطراً أو ضاراً بالصحة (أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٦٦ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٤١٠ هامش ١) ، وإن كان الأصل أن الغلط فى صفة الشىء المودع أو فى مقداره لا يؤثر فى صحة الوديعة (أسيوط استئنافى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٥٣ ص ٥٢٨) .

(٢) وقد تحدد مدة للوديعة ، وسنرى عند الكلام فى انتهاء الوديعة أن هذه المدة لا تلزم المودع عادة فيجوز له طلب الشىء المودع قبل انقضائها ، وقد لا تلزم المودع عنده فيجوز له رد الشىء المودع دون انتظار لانقضاء المدة .

فى المحل . فيجب أن يكون الشىء موجودا ، معيناً أوقابلا للتعيين ، غير مخالف للنظام العام ولا للآداب . فلو كان الشىء المراد إيداعه قد هلك قبل التعاقد ، انعدم المحل ولاتنعقد الوديعة . كذلك يجب أن يكون الشىء المودع معيناً تعييناً كافياً نافيا للجهالة الفاحشة أوقابلا للتعيين ، وتسرى فى ذلك القواعد العامة المقررة فى هذا الشأن . وإذا كان الشىء المودع غير قابل للتعامل فيه ، بأن كان مخالفاً للنظام العام أوالآداب ، لم يجز إيداعه[١] . فلا يجوز إيداع الأشياء المهربة ، ولا المخدرات ، ولا الحشيش ، ولاالأسلحة غير المرخص فيها ، ولا الكتب أو الصور الممنوعة .

٣٤٥ — الأشياء التى يجوز إيداعها : ونرى مما تقدم أن أى شىء توافرت فيه الشروط سالفة الذكر يجوز إيداعه . ويستوى فى ذلك المنقول والعقار . وقد كان التقنين المدنى القديم (م٤٨٢/٥٩٠) لا يجيز إلا إيداع المنقول[٢] ، وقد اقتفى فى ذلك أثر التقنين المدنى الفرنسى (م١٩١٨) . وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن هذا الحكم ، فأجاز إيداع المنقول والعقار ، إذ نصت المادة ٧١٨ مدنى كما رأينا على أن (الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر . . » ، فأطلق فى محل الوديعة وجعله « شيئاً » دون أن يخصصه بالمنقول .

ومع ذلك يغلب أن يكون الشىء المودع منقولا ، إذ المنقول أحوج إلى الحفظ من العقار . ولكن لا شىء يمنع من أن يودع العقار ، فيعهد شخص إلى آخر بحراسة منزله مدة سفره . وليست الحراسة الاتفاقية أو القضائية إلا ضرباً من ضروب الوديعة يجوز أن يكون الشىء المودع فيها عقاراً كما هو الغالب[٣] .

---

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٧ ص ٤١٣ .

(٢) وقد قضى فى عهد هذا التقنين بأنه لا يمكن اعتبار وضع يد شخص على أطيان يد وديعة للوصول إلى القول بأن ريع هذه الأطيان لا يسقط مهما طال زمن وضع اليد ، لأن الوديعة محلها المال المنقول دون العقار (استئناف وطنى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣) . وقضى بأن الوديعة لا ترد إلا على منقول (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥) .

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٢٢ . وينتقدان من الناحية التشريعية التقنين المدنى الفرنسى الذى أوجب أن يكون الشىء المودع منقولا — وقرب بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٥٨ — وانظر عكس ذلك محمد على عرفة ص ٤٦١ .

والأشياء التي يجوز إيداعها كثيرة متنوعة . فيجوز إيداع البضائع والسيارات والملابس والمفروشات والمجوهرات والمصاغ والكتب والصحف والمجلات والعوامات والدهبيات واللانشات ، كما يجوز إيداع الأراضي والمباني من منازل ومكاتب ودكاكين وغير ذلك .

ويجوز إيداع الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء المثلية على أن ترد بعينها[1] ، إذ لا يجوز في الأصل للمودع عنده أن يستعمل الشيء المودع[2] . وقد يودع مبلغ من النقود أو شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ويكون المودع عنده مأذوناً له في استعماله ، فلا يرده بالذات ولكن يرد مثله ، وهذه هي الوديعة الناقصة وهي تعتبر قرضاً (م٧٢٦ مدني)[3] ، وسيأتي بيان ذلك .

وغني عن البيان أن الحقوق المعنوية لا تودع ، فلا يودع الدائن حقه الثابت في ذمة مدينه ، لأن هذا الحق يستعصي بطبيعته على الإيداع[4] . ولكن يجوز إيداع الأسهم والسندات والأوراق المالية ، وكذلك يجوز إيداع سندات الحقوق المعنوية كسندات الديون والأوراق التجارية[5] .

٣٤٦ — السبب في عقد الوديعة : والسبب في عقد الوديعة ، طبقاً للنظرية الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب في الوديعة هو التسليم ، وكانت الوديعة عقداً عينياً بحسب هذه النظرية .

فإذا كان الباعث الدافع إلى الوديعة غير مشروع ، كانت الوديعة بحسب النظرية الحديثة باطلة . مثل ذلك أن يودع شخص عند آخر سلاحاً لإخفائه بعد ارتكاب جريمة ، أو يخفي عنده مسروقات .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ١٩٨ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٢٨ — بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٢٤ وفقرة ١٠٣٩ .

(٣) وانظر في أن معنى الوديعة لا يستقيم إذا لم ترد الوديعة بعينها : (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢) .

(٤) نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٨٣١ سيريه ٣١ — ١ — ١٩٢ — ٣ مايو سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٨ — ١ — ٣٢١ — لوران ٢٧ فقرة ٧٩ — جيوار فقرة ١٩ — بون ١ فقرة ٣٨٢ — بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٢٣ .

(٥) بودري وفال في الوديعة فقرة ١٠٢٣ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٥٨ — محمد علي عرفة ص ٤٦١ .

الفصل الثانى

آثار الوديعة

٣٤٧ — **التزامات المودع عنده والتزامات المودع** : تنشئ الوديعة دائماً التزامات فى جانب المودع عنده ، وقد تنشئ عرضاً التزامات فى جانب المودع .

الفرع الأول

التزامات المودع عنده

٣٤٨ — **التزامات ثلاثة** : يلتزم المودع عنده بأن يتسلم الشيء المودع ، وبأن يقوم بحفظه ، وبأن يرده للمودع عند انتهاء الوديعة . وقد رأينا المادة ٧١٨ مدنى تجمع هذه الالتزامات الثلاثة إذ تقول : « الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشيء ، وعلى أن يرده عينا » .

المبحث الأول

تسلم الشيء المودع

٣٤٩ — **نص قانونى** : تنص الفقرة الأولى من المادة ٧١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« على المودع عنده أن يتسلم الوديعة[1] » .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٩٩٩/١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥١ من المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٧١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٤ — ص٢٤٥) .

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، لأن التسليم كان فى هذا التقنين ركناً فى الوديعة لا تنعقد بدونه ، وليس التزاماً يترتب عليها .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السوري المادة ١/٦٨٥ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ١/٧١٩ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[١] .

٣٥٠ — **التسليم التزام لا ركن** : ويتبين من النص المتقدم الذكر أثر تحول الوديعة من عقد عينى كما كانت فى التقنين المدنى القديم إلى عقد رضائى كما هى فى التقنين المدنى الجديد . فقد كان تسليم الشيء المودع ركناً فى الوديعة عندما كانت عقداً عينياً ، ومذ أصبحت عقداً رضائياً يتم قبل التسليم تعين أن يكون نقل الشيء المودع إلى يد المودَع عنده التزاما لا ركنا ، والتزاماً فى ذمة المودِع . ومن هنا أمكن أن تكون الوديعة ، بخلاف العارية ، عقداً ملزماً لجانب واحد ، إذ التسلم يلتزم به المودع عنده لا المودع ، وإذ يغلب أن تكون الوديعة دون أجر ويصح ألا تنشئ التزامات فى جانب المودع من رد مصروفات أو تعويض ضرر ، فيكون المودع غير ملتزم بشيء . فإذا ما التزم بشيء مما تقدم ، كانت الوديعة عقداً ملزماً للجانبين ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك[٢] .

ويلاحظ أن الوديعة قد تكون بأجر ، ولكن الأجر لا يدخل الوديعة فى عقود المضاربة كما سبق القول[٣] ، فيجوز للمودع أن يسترد الشيء

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٦٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٧١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لامقابل لأن التسليم فى هذا التقنين ركن فى الوديعة لا التزام ينشأ عنها .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل — وقد صرح هذا التقنين بأن الوديعة عقد عينى لا يتم إلا بتسليم الشيء ، فالتسليم ركن لا التزام ، إذ تقول المادة ٦٩٥ منه : « يتم عقد الإيداع بقبول الفريقين وبتسليم الشيء — ويكفى التسليم الحكمى عندما يكون الشيء المراد إيداعه موجوداً من قبل فى حوزة الوديع لسبب آخر » .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

المودع فى أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل ، ومن ثم لا يمكن القول بأن للمودع عنده المأجور مصلحة فى إلزام المودع بتسليم الشىء المودع إذا امتنع هذا عن تنفيذ الوديعة بعد تمامها ، وعلى ذلك لا يكون التسليم التزاما فى ذمة المودع ، ويبقى التسلم التزاماً فى ذمة المودع عنده وحده[1] . وقد يتغير الأمر إذا كان أجل الوديعة محدداً فى مصلحة المودع عنده أوكان هذا مأذوناً فى استعمال الوديعة حيث لا يجوز للمودع أن يسترد الشىء المودع قبل انقضاء الأجل ، فقد يقال إن المودع يصبح فى هذه الحالة ملزماً بتنفيذ الوديعة لمصلحة المودع عنده ، ومن ثم يكون ملزماً بتسليم الشىء المودع كما التزم المودع عنده بتسلمه ، وتكون الوديعة عقداً ملزماً للجانبين . ولما كانت هذه الحالة نادرة ، وأكثر ما تتحقق فى الوديعة الناقصة وهى قرض لا وديعة كما سيأتى ، لذلك يصح القول إن التسلم يبقى عادة التزاماً فى ذمة المودع عنده ، ولا يكون التسليم التزاماً فى ذمة المودع .

٣٥١ — كيف يكون التسلم — التسلم الحقيقى والتسلم الحكمى :
يكون التسلم باستيلاء المودع عنده على الشىء المودع استيلاء ماديا ، بعد أن يضع المودع الشىء تحت تصرفه فى الزمان والمكان المعينين . ويتبع فى طريقة التسليم ووقته ومكانه ما سبق أن أوردناه من القواعد فى تسلم المشترى للعين المبيعة ، وفى تسلم المستأجر للعين المؤجرة ، وفى تسلم المستعير للعين المعارة ، وفى التسلم بوجه عام فى كل عقد ينشئ هذا الالتزام فى ذمة أحد المتعاقدين . وهذا هو التسلم الحقيقى[2] .

وقد يكون التسلم حكمياً ، بأن يكون الشىء المودع موجوداً فى يد المودع عنده قبل الوديعة ، على سبيل الإيجار أوعلى سبيل العارية أوعلى سبيل رهن الحيازة أو لأى سبب آخر ، ثم يتفق الطرفان على أن يبقى الشىء

---

(١) قرب بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠١٦ ص ٥٥٩ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٢ ص ٤٠٧ هامش ١ .

(٢) ويجب أن يكون التسلم لا غموض فيه ، فمن دفع بشىء إلى أهل بيته لحفظه لا يكون مودعاً له ، بل لا تزال يده على الشىء فى بيته ، ولم يخرج الشىء عن حيازته (ليل الابتدائية ٢٤ نوفبر سنة ١٩٥٢ جازيت دى پاليه ١٩٥٢ — ١ — ١١٨ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٧ ص ٤٩٥) .

فى حيازة المودع عنده على سبيل الوديعة . والتسلم الحكمى يفترض أن الشيء قد رد لصاحبه أولا ثم سلمه هذا للآخر مرة ثانية بعقد الوديعة ، فيجتزأ عن عمليتى التسليم والتسلم ببقاء الشيء فى يد المودع عنده بهذا السبب الجديد وهو عقد الوديعة[1] . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « ويكفى التسليم الحكمى عندما يكون الشيء المراد إيداعه موجوداً من قبل فى حوزة الوديع لسبب آخر »[2] .

٣٥٢ — جزاء الإخلال بالتزام التسلم : ولما كان التسلم التزاماً فى ذمة المودَع عنده كما قدمنا ، فإن هذا يجبر على تنفيذه طبقاً للقواعد العامة . ولما كان إجبار المودع عنده على التنفيذ العينى ليس فى مصلحة المودع ، إذ الوديعة من عقود الأمانة والثقة ، وإذا أبى المودع عنده تسلم الشيء فإن ثقة المودع فيه تتزعزع ، لذلك يكون الأصلح للمودع أن يطالب المودع عنده بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه[3] . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي حين تقول : « بينت المادة ١/٩٩٩ (من المشروع) التزام الوديع بأن يتسلم الوديعة ، بحيث لو امتنع عن تسلمها جاز إجباره على ذلك أو الحكم عليه بالتعويض »[4] .

وقد تكون الوديعة فى مصلحة المودع عنده ، أو يتعذر على المودَع عنده غير المأجور حفظ الوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، فيجوز فى هاتين الحالتين للمودَع عنده أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه كما سيجيء . وتفريعاً على ذلك يجوز للمودَع عنده فى هاتين الحالتين ، إذا لم يكن قد تسلم الشيء

---

(١) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠١٧ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٥٩ وچوسران ٢ فقرة ١٣٦١ (ويسمون التسليم الحكمى tradition de brève main وينتقدون تسميته فى التقنين المدنى الفرنسى tradition feinte) — أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢١ — محمد على عرفة ص ٤٦٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٢ ص ٤٠٧ هامش ١ وفقرة ٣١١ ص ٤١٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٤٩ فى الهامش .

(٣) انظر استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٦٥ — وانظر محمد على عرفة ص ٤٦٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٣١١ ص ٤١٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٩ .

المودع ، أن يتحلل من الالتزام بتسلمه إذ أن له حق الرجوع فى الوديعة ، فيثبت له هذا الحق بعد التسلم وقبله .

٣٥٣ — تبعة هلاك الشيء المودع : ولما كانت الوديعة لا تنقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده ، بل يبقى المودع مالكاً للشيء ويسترده عينا عند انتهاء الوديعة ، لذلك إذا هلك الشيء قبل التسليم أوبعده بسبب أجنبي ، كان هلاكه على المالك أى على المودع . وهذا ما قررناه بالنسبة إلى المؤجر وبالنسبة إلى المعير ، إذا هلكت العين المؤجرة أوالمعارة قبل التسليم أو بعـده .

وسنرى أنه إذا هلك الشيء المودع بخطأ من المودع عنده ، كان هذا مسئولا عن الهلاك .

المبحث الثانى

حفظ الشيء المودع

٣٥٤ — حفظ الشيء المودع هو الغرض الأساسى من عقد الوديعة وهو الالتزام الجوهرى فيها : الغرض الأساسى من عقد الوديعة هو حفظ الشيء المودع ، ومن ثم كان التزام المودع عنده بحفظ الشيء هو الالتزام الجوهري الذى يترتب على هذا العقد ، وكان عقد الوديعة على رأس عقود الحفظ والأمانة ، كما أن عقد البيع على رأس عقود التصرف ، وعقد الإيجار على رأس عقود الإدارة[1] .

٣٥٥ — التزام المودع عنده بحفظ الشيء هو التزام ببذل عناية : والتزام المودع عنده بحفظ الشيء ، كالتزام المستأجر بالمحافظة على العين

(١) ويكون المودع عنده مسئولا عن حفظ الشيء ، لا فحسب تجاه المودع ، بل أيضاً تجاه الغير ، فيكون مسئولا عما يلحق الغير من ضرر مسئولية الحارس عن الشيء الذى يحرسه (نقض ٥ مارس سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣ – ٤٧٣ مع تعليق سافاتييه – وانظر فى أن المودع عنده غير المأجور لا يعتبر حارساً للشيء : سافاتييه فى المسئولية المدنية ١ فقرة ٣٧٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ مكررة) .

المؤجرة والتزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة والتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة ، التزام ببذل عناية .

وقد قدمنا في الوكالة [1] أن نظرية قديمة مهجورة ، هي نظرية تدرج الخطأ ، تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه ، ففي العقود التي لمنفعة الدائن وحده كالوديعة لا يسأل المودع عنده إلا عن الخطأ الجسيم ، وفي العقود التي لمنفعة المدين وحده كالعارية يسأل المستعير حتى عن الخطأ التافه ، وفي العقود التي لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار يسأل المستأجر عن الخطأ اليسير . وقد نبذ التقنين المدني الجديد هذه النظرية العتيقة ، وأخذ بالنظرية الحديثة التي تميز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية . ففي الالتزام ببذل عناية ، كالتزام المودع عنده بحفظ الشيء ، يكون المدين « قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » (م ٢١١/١ مدني) . وقد طبقت هذه النظرية في الإيجار ، وفي العارية ، وفي الوكالة ، وها نحن الآن نراها تطبق في الوديعة [2] . فالأصل في العناية المطلوبة من المدين أن تكون عناية الرجل المعتاد ، وقد تزيد أو تنقص طبقاً للاتفاق أو لنص في القانون . وقد أبقاها القانون عناية الرجل المعتاد في الإيجار لأن المؤجر يأخذ أجراً ، وفي كل من الوكالة الوديعة إذا كان الوكيل أو المودع عنده يأخذ أجراً ، وزاد على عناية الرجل المعتاد في العارية حيث المعير لا يأخذ أجراً ، ونزل عن هذا القدر في الوكالة غير المأجورة [3] ، وكذلك فعل في الوديعة غير المأجورة كما سنرى حالا .

٣٥٦ — الجمع في الوديعة بين المعيارين الشخصي والمادي — نص قانوني : تنص المادة ٧٢٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — إذا كانت الوديعة بغير أجر ، وجب على المودع عنده أن يبذل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٤٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله فى حفظ ماله ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد » .

« ٢ — أما إذا كانت الوديعة بأجر ، فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد » (١).

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٠ على الوجه الآتى : « ١ — إذا كانت الوديعة دون أجر ، وجب على الوديع أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء مايبذله فى حفظ ماله ، دون أن يطالب فى ذلك بأكثر من عناية الرجل المعتاد . كل هذا ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ — أما إذا كانت الوديعة بأجر ، أوكانت فى مصلحة الوديع وحده ، أو كان الوديع قد تطوع لحفظ الشىء ، فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد » . وفى لجنة المراجعة حذفت العبارة الخاصة بإمكان الاتفاق على خلاف القاعدة المتعلقة بمعيار العناية لعدم الحاجة إليها ، وجعلت الفقرة الثانية مقصورة على الوديعة المأجورة ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٥٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٦ — ص ٢٤٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المواد الآتية :

م٤٨٣/٥٩١ : إذا اشترطت الأجرة للمودع عنده ، تتبع فى العقد القواعد المتعلقة باستئجار الصناع .

م٤٨٥/٥٩٣ : حافظ الوديعة مسئول عما يقع منه فى شأنها من التقصير الجسيم ، وعن عدم صيانته لها المشترطة فى العقد .

م ٤٨٩/٥٩٨ : حافظ الوديعة الذى يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع ، كصاحب خان أو أمين النقل أونحوها ، ضامن لهلاك الوديعة ، إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة قاهرة .

(ويبدو أن التقنين المدنى القديم سار هنا أيضاً على نظرية تدرج الخطأ ، فإذا كانت الوديعة دون أجر لم يكن المودع عنده مسئولا إلا عن الخطأ الجسيم ، وإذا كانت بأجر سرت عليها أحكام المقاولة فيكون المودع عنده مسئولا عن الخطأ اليسير ، وإذا كانت الوديعة بأجر واستدعتها ظروف الحال كالوديعة عند صاحب الفندق أوعند أمين النقل لم يتخلص المودع عنده من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى . أما التقنين المدنى الجديد فقد هجر نظرية تدرج الخطأ ، واتخذ فى الالتزام ببذل عناية معيار الشخص المعتاد وهو معيار مادى ، وقرنه فى الوديعة بغير أجر بالمعيار الشخصى كما يتبين من نص المادة ٧٢٠ مدنى سالفة الذكر) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٩٥٢ : يجب على الوديع أن يعتنى بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله ، وأن يضعها فى حرز مثلها .

=

ونرى من ذلك أن القانون قد ميز هنا ، كما ميز فى الوكالة[١] ، بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر أوكانت بأجر . فإن كانت بغير أجر تكون فى مصلحة المودع دون المودع عنده ، ويكون المودع عنده غير مسئول إلا عن العناية التى يبذلها فى حفظ ماله الخاص إذا كانت هذه العناية هى دون عناية الشخص المعتاد . أما إذا كانت عنايته الشخصية هى أعلى من عناية الشخص المعتاد ، لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد . فمعيار العناية المطلوبة منه يكون تارة معياراً شخصياً إذا كان مسئولا من عنايته الشخصية ، ويكون تارة أخرى معياراً موضوعياً إذا كان مسئولا عن عناية الشخص المعتاد . والسبب فى ذلك هو نفس السبب الذى قدمناه فى الوكالة ، فالمودع عنده غير مأجور فيكون متفضلا ، ومن ثم لا يجوز أن يكون مسئولا عن أكثر من عناية الشخص المعتاد ، كما لا يجوز أن يكون مسئولا عن أكثر من عنايته الشخصية ، فلا يكون مسئولا إذن إلا عن أدنى العنايتين . أما إذا كانت الوديعة بأجر[٢] ،

= م ٩٥٣ : إذا كان الإيداع بأجرة ، فهلكت الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ، ضمنها الوديع .

(ويمكن القول بأن أحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى إذا فسرت عناية الوديع بحفظ ماله بأن حدها الأقصى هو عناية الشخص المعتاد ، وفسر السبب الذى يمكن التحرز منه بأنه السبب الذى يمكن أن يتحرز منه الشخص المعتاد) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٩٦ : يجب على الوديع أن يسهر على صيانة الوديعة كما يسهر على صيانة أشيائه الخاصة ، مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام المادة ٧١٣ .

م ٧١٣ : إن الوديع مسئول عن سبب كل هلاك أو تعييب كان فى الوسع اتقاؤه : أولا — إذا كان يتلقى أجراً لحراسة الوديعة . ثانيا . إذا كان يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٤ .

(٢) وكان المشروع التمهيدى يضيف إلى الوديعة بأجر الوديعة لمصلحة الوديع وحده والوديعة التى تطوع فيها الوديع لحفظ الشىء (انظر م ١٩٢٨ مدنى فرنسى) ، فحذفت هذه الإضافة فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . ويمكن ، بالرغم من هذا الحذف ، فى الوديعة التى هى لمصلحة الوديع وحده أو التى تطوع فيها الوديع لحفظ الشىء ، اعتبار أن هناك اتفاقاً ضمنياً على أن تكون عناية المودع عنده فى حفظ الشىء هى عناية الشخص المعتاد .

وانظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى : جيوار فقرة ٥٣ وما بعدها — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ٢٠٦٠ — فقرة ١٠٦٦ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥٠٩ — ص ٥١٠ — ديچون ١٢ يونيه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ٢ — ١٤٦ — باريس أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ — ١ — ٢٠٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥١ — ١ — ١٧٧ .

فإنه يجب على المودع عنده أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الشخص المعتاد ، أى أن المعيار هنا يكون موضوعياً لا شخصياً . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها فى حفظ مال نفسه ، كان مع ذلك مسئولا ، لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية . أما إذا بذل عناية الشخص المعتاد ، فإنه يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو نزلت هذه العناية بمعيارها الموضوعى عن عنايته هو بمعيارها الشخصى . وقد قدمنا مثل ذلك فى الوكالة المأجورة[1] .

وتطبيقاً لما تقدم يكون المودع عنده مسئولا إذا وضع المجوهرات المودعة فى دولاب غير مقفل فسرقت[2] ، أو وضع القطن المودع بجوار مواد ملتهبة فاحترق ، وذلك سواء كانت الوديعة مأجورة أو غير مأجورة[3] . فإنه يصعب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٤ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد بين المشروع ما يجب على الوديع من عناية فى حفظ الوديعة . ففرق بين ما إذا كانت الوديعة عادية ودون أجر ، وما إذا كانت الوديعة بأجر . . وأجرى على النوع الثانى القاعدة العامة التى تفرض على المدين عناية الرجل المعتاد . أما النوع الأول من الوديعة ، فقد رأى المشروع أن يخفف فيه حد العناية المطلوبة من الوديع ، فعدل عن المعيار المادى الذى يؤدى إلى مطالبة المدين بعناية الرجل المعتاد ، إلى المعيار الشخصى الذى يترتب عليه الاكتفاء من المدين بما يبذله عادة من عناية فى شؤون نفسه . ولما كان الغرض من ذلك التخفيف عن الوديع ، لا مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد ، ولما كان الوديع قد يكون فى شؤونه الخاصة أكثر حرصاً من متوسط الناس ، وجب عند الأخذ بالمعيار الشخصى وضع حد العناية التى يصح أن يطالب بها الوديع بناء على هذا المعيار ، فنص على أن يكتفى منه بمثل عنايته فى شؤون نفسه ، دون أن يؤدى ذلك فى أى حال إلى مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد . ويلاحظ فى كلتا الحالتين أن التزام الوديع يعتبر التزاما بوسيلة لا التزاما بغاية ، فلا يكون ثمة عدم وفاء متى قام الوديع ببذل العناية المطلوبة منه فى المحافظة على الشيء ، حتى لو لم تؤد هذه العناية إلى حفظ الشيء فعلا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠) .

(٢) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ – ١ – ١٩٧ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ هامش ٣ – وإذا كان الشيء المودع ليس ثميناً ووضعه المودع عنده فى مكان غير مغلق ، وكان غير مأجور ، لم يكن مسئولا إذا سرق الشيء ، ما دام يثبت أنه تعود ذلك فى مال نفسه (محمد على عرفه ص ٤٦٦) . والتقدير العناية المطلوبة يرجع كذلك إلى ماجرى به العرف (بوردو ١١ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ٢ – ١١) .

(٣) فيجب أن يضع الوديعة « فى حرز مثلها » كما تقول المادة ١/٩٥٢ مدنى عراقى (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . وقد قضى بأن عدم المحافظة على البرقع المودع فى مكان مأمون لا تصل إليه أيدى الأشخاص الذين فى المنزل وغير الموثوق بأمانتهم تقصير جسيم يستلزم =

تصور أن يصل المودع عنده فى نزول عنايته الشخصية عن المألوف إلى هذا الحد. إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، فإن كانت مأجورة فالواضح أنه لم يبذل عناية الشخص المعتاد فى حفظ الوديعة . وإذا اضطر أن يحمل الوديعة فى سفر ولم يؤمِّن عليها فسرقت ، فإن كانت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مسئولاً إذا كانت الوديعة بأجر ، حتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها لو أنها كانت ماله الخاص(١) . أما إذا كانت الوديعة بغير أجر ، وأثبت ذلك ، فإنه لا يكون

= القضاء بإلزام المودع عنده بضمان الوديعة (الزقازيق جزئى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٦٢ ص ٣٨٨) .

أما إذا كانت السرقة أو الحريق أو الضياع يرجع إلى قوة قاهرة ، فلا مسئولية على المودع عنده . ولكن لا يكفى أن يثبت المودع عنده أن الشيء قد سرق أو احترق أو ضاع حتى يتخلص من المسئولية ، بل يجب أن يثبت فوق ذلك أن السرقة أو الحريق أو الضياع يرجع إلى قوة قاهرة (نقض فرنسى ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ٣١١ – ليون ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦ – ٢ – ١٦٤ – ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٧ – ٣٧٧ – باريس ١٧ مارس سنة ١٩٥١ جازيت دى باليه ١٩٥١ – ١ – ٤٢٨) ، أو أنه قد بذل العناية المطلوبة بحسب ما إذا كانت الوديعة بأجر أو بغير أجر ، وبالرغم من ذلك سرق الشيء أو احترق أو ضاع (باريس ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دى باليه ١٩٥١ – ٢ – ١٧٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٧٤ – پلانيول وريبير وساڤاتية ١١ فقرة ١١٧٥ فقرة ٥١١ – محمد على عرفة ص ٤٦٨) . وسواء كانت الوديعة بأجر أو بغير أجر ، يجب على المودع عنده أن يخطر المودع بما يتهدد الشيء المودع من أخطار ويتلقى تعليماته فى هذا الشأن ، أو يمكنه من أن يتخذ بنفسه الاحتياطات اللازمة (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢) .

(١) وانظر فى أن المودع عنده لا يلتزم فى الأصل بأن يؤمن على الوديعة إلا إذا قضى العرف بذلك : نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ١٢٥ – باريس ١٢ فبراير سنة ١٩٥١ J.C.P. ١٩٥٢ – ٢ – ٦٦٨٨ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٧٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٢ هامش ١ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ – محمد على عرفة ص ٤٦٦ – وفى أن من يقبل نبيذاً على سبيل الوديعة لا يلتزم ببسترته : بوردو ١١ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ٢ – ١١ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٠٥٦ – وفى أن المصرف الذى يقبل أوراقاً مالية على سبيل الوديعة لا يلتزم بإخطار صاحبها بما ينفتح أمامه من حق الاكتتاب فى أوراق أخرى : السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ – ٢ – ٢٧ مع تعليق إسمان – وقارن پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٠ هامش ٦ .

وإذا أمن المودع عنده على الوديعة ، وتلفت بخطأه ، رجع عليه المودع بالتعويض ، ورجع هو على شركة التأمين . أما إذا تلف الشيء بقوة قاهرة ، فإن المودع لا رجوع له ، وكذلك لا يرجع المودع عنده على شركة التأمين (نقض فرنسى ٢ يونيه سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٦ – ١ – ٤٤٩) ؛ =

مسئولا . وإذا كان بالوديعة عيب يتهددها بالتلف ، وكان العيب بحيث لا يخفى على الشخص المعتاد ، فإن المودع عنده إذا كان مأجوراً يكون مسئولا إذا هو لم يخطر المودع بهذا العيب حتى يعمل على تلافى الضرر[1] . أما إذا كانت الوديعة غير مأجورة ، وكان العيب الذى لا يخفى على الشخص المعتاد يخفى على المودع عنده لقلة يقظته ، فإنه لا يكون مسئولا عن عدم إخطار المودع بالعيب[2] . وإذا كان المودع عنده فى أثناء الحرب موجوداً فى مكان معرض للغارات الجوية ، وجب عليه إذا كان مأجوراً أن ينقل الوديعة إلى مكان مأمون إن كان هذا ممكناً[3] . فإذا كان غير مأجور وكان ممن ينقل أمتعته الشخصية إلى مكان مأمون وقصر فى نقل الوديعة كان مسئولا ، أما إذا كان ممن لا ينقل أمتعته الشخصية إلى مكان مأمون فإنه لا يكون مسئولا إذا لم ينقل الوديعة[4] .

= وذلك ما لم يكن المودع عنده تحمل تبعة القوة القاهرة فيرجع عليه المودع ويرجع هو على شركة التأمين (نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٠ سيريه ٩٣ - ١ - ٤٧٠) . وإذا كان المودع عنده قد عقد التأمين لمصلحة المودع ، فإن المودع يرجع مباشرة على شركة التأمين . وكذلك يرجع المودع مباشرة على شركة التأمين إذا كان المودع عنده قد عقد التأمين باعتباره وكيلا عنه ، أو أمن لحساب صاحب المصلحة ، ويستخلص ذلك من أن المودع قد دفع أقساط التأمين للمودع عنده . (انظر فى كل ذلك بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٧٦ - فقرة ١٠٧٨) .

(١) ويجب على المودع عنده أيضاً أن يقوم بالمصروفات لحفظ الشىء من التلف ، على أن يرجع بهذه المصروفات على المودع (بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١١) . ولا يجب عليه ، كما يجب على المستعير ، أن ينقذ الشىء المودع بتضحيته لماله الخاص ، فإن هذا يقتضى نصاً ورد فى العارية ولم يرد فى الوديعة (بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٦٩ - أوبرى ورو إسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٣) ، والمستعير متبرع له أما المودع عنده فتبرع أو فى القليل مأجور غير مضارب (عكس ذلك محمد على عرفة ص ٤٦٦) . وإذا ضحى المودع عنده بماله لإنقاذ الشىء المودع لأنه أكبر قيمة من ماله ، رجع على المودع بما تحمله من الخسارة فى ماله (بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٧٠) .

(٢) قرب بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٥٧ مكررة .

(٣) انظر فى الفقه والقضاء فى فرنسا فى تأثير الحرب العالمية الثانية فى المسئولية عن الودائع : روديير J.C.P. ١٩٤٢ - ١ - ٢٦٨ - كاربونييه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٢ ص ٢١٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ مكررة - دريه ٢٢ يناير سنة ١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ - ١ - ٢٠٨ - ليون ٢٢ يونيه سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤ - ٢ - ١٦٢ - باريس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤ - ٢ - ١٣٤ - أول مارس سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠٠ - بواتييه ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ - ٣٥٣ .

(٤) وقد أورد التقنين المدنى العراقى تطبيقات مختلفة فى تضمين الوديع فى النصوص الآتية : =

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن تطبيقاً لما يجب أن يبذله المودع عنده ، مأجوراً كان أوغير مأجور ، من العناية فى حفظ الشىء ، فكانت المادة ١٠٠١ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع ، أورفعت عليه دعوى باستحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً ، وجاز له أن يحصل على ترخيص فى إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها[1] » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد التى سلف ذكرها ، لأن المودع عنده ، حتى لو كان غير مأجور ، لا يتصور فيه أن ينزل فى العناية بشؤونه الشخصية عن هذا الحد ، ومن ثم يمكن العمل بهذه الأحكام بالرغم من حذف النص . ونجتزئ هنا بما جاء فى المذكرة الإيضاحية

م ٩٥٤ : ١ – يجوز للوديع السفر بالوديعة ، وإن كان لها حمل ، ما لم ينهه صاحبها عن السفر بها أو يعين مكان حفظها أو يكن الطريق مخوفاً ، فى هذه الأحوال إذا سافر بها وهلكت الوديعة كان عليه الضمان . ٢ – على أنه إذا كان السفر ضرورياً وسافر بالوديعة بنفسه وعياله أو بنفسه وليس له عيال ، وهلكت ، فلا ضمان عليه مطلقاً . وعليه الضمان ، إذا سافر بالوديعة بنفسه دون عياله إن كان له عيال .

م ٩٥٥ : ١ – إذا خلط الوديع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا إذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالين ، فعليه ضمانها سواء كان المال الذى خلط بها من جنسها أو من غيره . وإن خلطها غيره خلطاً يتعسر معه تفريقها فالضمان على الخالط . ٢ – أما إذا خلط الوديع الوديعة بماله بإذن صاحبها أو اختلطت بلا صنعه بحيث يتعسر تفريق المالين ، يصير الوديع شريكاً لمالك الوديعة . فإن هلك المال بلا تقصير ، فلا ضمان على الوديع الشريك .

م ٩٥٧ : ١ – إذا أقرض الوديع دراهم الوديعة أو أدى منها دين المودع بلا إذن أو إجازة منه ، ضمنها . ٢ – ومع ذلك إذا كان المودع غائباً غيبة منقطعة ، وفرضت المحكمة عليه نفقة ودفعها الوديع بأمر المحكمة من النقود المودعة عنده ، فلا يلزمه ضمانها . وإن دفعها بلا إذن المحكمة ، فعليه الضمان .

م ٩٦٠ : الوديعة إذا لزم ضمانها ، فإن كانت من المثليات تضمن بمثلها ، وإن كانت من القيميات تضمن بقيمتها يوم لزوم الضمان .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٧ فى الهامش – وقد نصت المادة ٧١٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على أنه « يجب على الوديع أن يرد الوديعة إلى المودع وإن يكن هناك شخص آخر يدعيها لنفسه ، ما لم تحجز أو تقم فى شأنها دعوى الاستحقاق لدى القضاء – فعندئذ يجب على الوديع أن يخطر المودع بلا إبطاء عن الحجز أو دعوى الاستحقاق . ويصبح الوديع بمعزل عن الدعوى منذ الساعة التى يثبت فيها أنه وديع لا غير – وإذا طالت مدة النزاع إلى ما بعد التاريخ المعين لرد الوديعة ، فللوديع أن يستصدر إذناً فى إيداعها لحساب صاحب الحق » .

للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وكما يجب على الوديع أن يحفظ الشىء من كل تلف مادى ، كذلك يجب عليه أن يتفادى بشأنه كل ضرر يترتب على اتخاذ إجراءات قانونية متعلقة به . فإذا حجز الشىء تحت يده،أو رفعت عليه دعوى باستحقاقه ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً . وإن أبطأ فى ذلك لأى سبب ، لزمه اتخاذ الإجراءات التى تحفظ مصلحة المودع . ومتى أثبت الودع صفته ، وجب إخراجه من الدعوى . غير أنه إذا استمر النزاع إلى مابعد المدة المحددة للوديعة ، جاز للوديع أن يحصل على ترخيص فى إيداع الشىء فى خزانة المحكمة أو عند أى شخص تعينه المحكمة لذلك ، على أن يسلم الشىء فيما بعد إلى من يثبت له الحق فيه »[1] .

وإذا تعدد المودَع عندهم،لم يكونوا متضامنين فى المسئولية، لأن مسئوليتهم عقدية لا تقصيرية ، ولم ينص القانون على التضامن[2] .

٣٥٧ — عدم مسئولية المودع عنده عن السبب الأجنبي : ولا يكون المودَع عنه ، ولو كان مأجوراً ، مسئولا عن السبب الأجنبي ، حتى لو ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة . ذلك أن السبب الأجنبي ينفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فيكون الضرر منسوباً إلى سبب أجنبي لا إلى خطأ المودع عنده ، ومن ثم لا يكون هذا مسئولا[3] . وعبء إثبات السبب الأجنبي يقع على المودع عنده ، مأجوراً كان أو غير مأجور : إذ هو لايستطيع أن يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة ، أو أثبت السبب الأجنبي[4] . وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على هذه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٣٢ — جيوار فقرة ٩٧ — بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٦٨ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المودع عنده لا يكون مسئولا إذا أضاع الوديعة فى اضطرابات أضاع فيها ماله وفقد حريته (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٣٥) . ومع ذلك يكون المودع عنده مسئولا حتى عن السبب الأجنبى إذا كان قد أعذر أو كان قد قبل تحمل هذه التبعة (جيوار فقرة ٦٠ — بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٧١ — محمد كامل مرسى فقرة ٣١٣ ص ٤٣٢ — وانظر م ١٩٢٩ مدنى فرنسى) .

(٤) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٤ — ١ — ٣١٣ — ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ — ١ — ١٩٩ — بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٧٣ — أوبرى =

الأحكام ، وإن كان لم يحمل المودَع عنده عبء الإثبات إلا إذا كان مأجوراً أو كان لم يقبل الوديعة إلا بمقتضى مهنته أو وظيفته ، فقضت المادة ٧١٤ من هذا التقنين بأنه « لا يكون الوديع مسئولا عن هلاك الوديعة أو عن تعيبها إذا نجم : ١ – عن ماهية الشيء المودع أوعن وجود عيب فيه أو من فعل المودع . ٢ – عن قوة قاهرة ، ما لم يكن فى حالة التأخر عن رد الوديعة . أما إقامة البرهان على وجود الأحوال المبينة فى الفقرتين (١) و (٢) المتقدم ذكرهما فهى على الوديع إذا كان يتناول أجراً أو يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته »[١] .

٣٥٨ — الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية : وما قدمناه من القواعد فى مسئولية المودع عنده عن حفظ الشيء لا يتعلق بالنظام العام . فيجوز الاتفاق على ما يخالفه . وكان المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٠ مدنى ينص على ذلك صراحة ، فحذف النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه استغناء عنه بالقواعد العامة[٢] .

ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد مسئولية المودَع عنده ، كما يجوز الاتفاق على تخفيفها أوعلى الإعفاء منها .

مثل تشديد مسئولية المودع عنده أن يشترط المودع مسئوليته عن عناية الشخص المعتاد حتى لو كان غير مأجور ، أو أن يشترط مسئوليته إذا كان مأجوراً عن السبب الأجنبى[٣] .

= ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١١ – دى باج ٥ فقرة ٢٠٥ .

(١) انظر أيضاً م ١٩٢٩ مدنى فرنسى – ونرى من ذلك أن خطأ المودع يعتبر سبباً أجنبياً ينفى المسئولية عن المودع عنده . وقد قضى بأن المودع مسئول عن ضياع الوديعة المتسبب عن خطأه الفاحش (استئناف وطنى ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٤١ ص ٤٢٦) . ولا يعتبر سبباً أجنبياً القوة القاهرة إذا كانت ناشئة عن تقصير المودع عنده ، وقد قضى بأن على المدين الذى يدعى تخلصه بسبب قوة قاهرة أن يثبت أن الحادث القهرى لم يكن ناشئاً عن إهماله أو خطأه . وعلى ذلك فالمودع عنده بأجر يعتبر مسئولا إذا فقدت الوديعة بسرقة ، وكانت السرقة نتيجة إهمال وقع منه بتركه باب المكان الموضوعة فيه تلك الوديعة مفتوحاً (ملوى ١٠ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٤ ص ٢٢٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٨ – وانظر آنفاً فقرة ٣٥٦ فى الهامش .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٢٤٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ .

ومثل تخفيف مسئولية المودع عنده أن يشترط هذا وهو مأجور عدم مسئوليته إلا عن عنايته الشخصية ، أو ألا يكون مسئولا عن التعويض إلا في حدود مبلغ معين ولو زاد الضرر على هذا المبلغ[1] .

وإعفاء المودع عنده من المسئولية يكون بأن يشترط على المودع ألا يكون مسئولا عن خطأه . ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوديعة مأجورة ، لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدى جائز[2] . ولكن يبقى المودع عنده ، بالرغم من شرط الإعفاء مسئولا عن الغش أو الخطأ الجسيم[3] .

٣٥٩ — عدم جواز استعمال المودع عنده للوديعة — نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« وليس له (للمودع عنده) أن يستعملها (الوديعة) دون أن يأذن له المودع فى ذلك صراحة أو ضمناً »[4] .

فالمودع عنده لا يجوز له أن يستعمل الوديعة ، ولا أن يسمح لأحد باستعمالها ، بل ليس له ، كما تقول المادة ١٩٣١ مدنى فرنسى ، أن يكشف عنها ليعرف ما هى إذا كانت قد سلمت إليه فى صندوق مقفل أو فى غلاف

---

(١) أو ألا يكون مسئولا عن أخطاء معينة (نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ١٨٧ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ — أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٣٥) .

(٢) نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ — ٥٣٦ — ١٥ يوليه سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ — ١ — ١٩ — انظر عكس ذلك أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٣٢ .

ولا يكفى لافتراض قبول المودع بشرط الإعفاء مجرد تعليق إعلان يتضمن هذا الشرط ، إذ يحتمل ألا يكون المودع قد التفت إلى هذا الإعلان (ليون ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ — ٢ — ٩٥ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ هامش ٣ — محمد على عرفة ص ٤٦٩ هامش ١) .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٠ (عدم إخطار المودع بما تتعرض له البضاعة المودعة من الخطر الداهم) . نقض فرنسى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٥ — ١ — ٦ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٦٦ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٥ ص ٥١٢ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢/٩٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٧٥١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٧٥٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٧١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٤ — ص ٢٤٥) .

مختوم[1] . ويتصل هذا الالتزام السلبي اتصالا وثيقاً بالتزام المودَع عنده بحفظ الشيء ، إذ الغرض من الوديعة هو كما قدمنا حفظ الشيء لا استعماله . وإذا كان الشيء ينتج غلة ، وجب على المودَع عنده أن يحفظ غلته معه دون أن يفصلها عنه إلا لحفظها ، ويجب عليه في كل حال أن يقدم حسابا للمودع عن هذه الغلة[2] .

على أنه يجوز للمودع أن يأذن للمودَع عنده في استعمال الشيء ، ويبقى العقد مع ذلك وديعة بشرط أن يكون حفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد واستعماله ليس إلا أمراً ثانوياً بجانب هذا الغرض الأساسي . فإن كان الاستعمال غرضاً أساسياً ، لم يكن العقد وديعة بل كان عارية استعمال إذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك[3] وقرضاً إذا كان الشيء قابلا للاستهلاك . ونرى من ذلك أن المودع عنده يجوز له استعمال الشيء بشرطين : أن يكون هذا الاستعمال أمراً ثانوياً بالنسبة إلى الغرض الأساسي وهو حفظ الشيء ، وأن يكون المودع قد أذن له في الاستعمال ، والإذن كما يكون صريحاً قد يكون ضمنياً ، ويستخلص الإذن الضمني من الظروف . فإذا أودع شخص ساعة

= ويقابل النص في التقنين المدني القديم المادة ٤٨٦/٥٩٤ : ولا يجوز له أن يستعمل الشيء المودع عنده ، وإلا كان ملزماً بالتضمينات . (وحكم التقنين المدني القديم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٦٨٥/٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧١٩/٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٩٥٦/١ : ليس للوديع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها دون إذن صاحبها ، وإن استعملها بلا إذنه وهلكت فعليه ضمانها . (وحكم التقنين العراقي يتفق مع حكم التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٧٠٠/١ : إذا استعمل الوديع الوديعة أو تصرف فيها بلا إذن من المودع ، كان مسئولا من هلاكها أو تعيبها ولو كان السبب فيها حادثاً خارجيا . (وحكم التقنين اللبناني يتفق على حكم التقنين المصري) .

(١) بودري وڤال في الوديعة فقرة ١٠٨٦ – أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص١٧٣ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ – محمد كامل مرسي فقرة ٣١٥ .

(٢) انظر م ١٩٣٦ مدني فرنسي – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ .

(٣) پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ – محمد على عرفة ص ٤٦٤ .

مثلا ، فالغالب أنه لا مانع فى أن ينظر المودَع عنده فى الساعة ليعرف الوقت ، بل إن للمودع عنده أن « يملأ » الساعة من وقت إلى آخر حتى تستمر فى السير[1] . وكذلك إذا أودع شخص كتباً عند آخر ، فلا مانع من أن يقرأ المودَع عنده فى هذه الكتب[2] بشرط ألاّ يترك فيها أثراً من القراءة ، وهذا ما لم ينهه المودع عن القراءة صراحة أوضمناً . ويمكن القول بوجه عام إن الإذن الضمنى فى استعمال الشيء يستخلص إذا كان هذا الشيء غير قابل للاستهلاك بأيسر مما يستخلص فيما لو كان الشيء قابلا للاستهلاك[3] .

وإذا أخل المودَع عنده بالتزامه ، فاستعمل الشيء دون إذن صريح أوضمنى ، أو تصرف فيه من باب أولى بالبيع أو الرهن أوالإيجار أو العارية أو أى تصرف آخر ، كان مسئولا عن ذلك مسئولية مدنية[4] ، وجازت أيضاً مساءلته جنائياً عن جريمة التبديد بالنسبة إلى المودع[5] ، وعن جريمة النصب بالنسبة إلى من تصرف له[6] . والإذن بالاستعمال لايفترض ، بل يقع

---

(١) وترى من ذلك أنه قد يكون من الضرورى استعمال الشيء للمحافظة عليه ، كما إذا كان الشيء المودع سيارة فيستعملها المودع عنده من وقت إلى آخر حتى لا تتلف بعدم الاستعمال ، ويجب ألا يزيد فى ذلك على المألوف فى مثل هذه الأحوال (محمد على عرفة ص ٤٦٣) .

(٢) جيوار فقرة ٦٥ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٨١ .

(٣) جيوار فقرة ٦٦ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٧٩ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٦ .

(٤) وتقول المادة ٢/٩٥٦ مدنى عراقى فى هذا الصدد : « وليس للوديع أن يتصرف فى الوديعة بإجارة أوإعارة أورهن بلا إذن صاحبها ، فإن فعل ذلك وهلكت فى يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ، فلمالكها تضمين الوديع ، وله تضمين المستأجر أو المستعير أو المرتهن إذا كان عالماً بأن المال وديعة لم يأذن صاحبها بالتصرف فيها » . وتقول المادة ١/١٧٠٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : « وكذلك يكون (الوديع) فى جميع الأحوال مسئولا عن الهلاك أو التعيب ولو نجم عن طارئ غير متوقع ، إذا اتجر بالوديعة ، غير أنه يحتفظ بما يكون قد ربحه حينئذ من هذا الوجه . وإذا لم يستعمل إلا جزءا من الوديعة أولم يتصرف إلا فى جزء منها ، فلا يكون مسئولا إلا عن هذا الجزء » . واحتفاظ الوديع بالربح يحمل على أنه ثمرة عمله ، مع عدم الإخلال بحق المودع فى الرجوع على المودع له بالتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب الاتجار فى الوديعة .

وإذا تلف الشيء أو هلك أوضاع ، وجب على المودع عنده أن يثبت ليتخلص من المسئولية أن الاستعمال لم يكن السبب فى ذلك (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٨٢ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٦) .

(٥) محمد على عرفة ص ٤٦٤ .

(٦) ومجرد استعمال الشيء دون التصرف فيه يوجب المساءلة المدنية دون المساءلة الجنائية . =

على المودَع عنده عبء إثباته . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ونصت الفقرة الثانية (من المادة ٧١٩ مدنى) على واجب الامتناع عن استعمال الشيء دون ترخيص المودِع بذلك صراحة أوضمناً . ويجب على من يدعى هذا الترخيص أن يثبت صدوره ، لأن الإذن بالاستعمال لايفترض »(١) .

٣٦٠ — عدم جواز أن يحل المودع عنده غيره محله فى حفظ الوديعة — نص قانونى : تنص المادة ٧٢١ من التقنين المدنى على مايأتى :

« ليس للمودَع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة »(٢).

= وقد كان القانون الفرنسى القديم يعرف ما يسميه بسرقة الاستعمال (vol. d'usage) كما عرف سرقة الرهن (vol de gage) ، ولكن هذا النوع من السرقة غير معروف اليوم (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٦٦ — چوسران ٢ فقرة ١٣٦٥ ص ٧١١) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٩ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٤٩ — ص ٢٥١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ، فكان معمولا به فى عهد هذا التقنين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢١ (مطابق) ويضيف التقنين الليبى فى آخر المادة : « وفى هذه الحالة يجب على المودع عنده أن يخطر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له الإخطار » .

التقنين المدنى العراقى م ٩٥٢/٢ : وله (للوديع) أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله عادة ، وله أن يحفظها عند غير أمينه بعذر .

م ٩٥٨ : ١ — إذا أودع الوديع الوديعة عند أحد بإذن صاحبها ، خرج من العهدة ، وصار الثانى وديعا . ٢ — وإن أودعها بلا إذنه عند من لا يأتمنه عادة ، وهلكت بتعدى الوديع الثانى ، فلصاحبها الخيار إن شاء ضمن الوديع الأول أو الثانى ، فإن ضمن الأول فله الرجوع على الثانى ، وإن ضمن الثانى فلا رجوع له على أحد . وإن هلكت عند الثانى بدون تعديه وقبل مفارقة الأول فلا يضمن أحد منهما ، وإن هلكت بعد مفارقته فلصاحبها أن يضمن الوديع الأول دون الثانى . =

وهنا نرى أن الوديعة تختلف عن الوكالة ، فقد رأينا فى الوكالة أنه يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ما لم يمنعه الموكل من ذلك[(١)] ، أما هنا فى الوديعة فإنه يتبين من النص سالف الذكر أنه لا يجوز للمودع عنده أن ينيب عنه غيره فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع . ونرى فى ذلك أثراً واضحاً للاعتبار الشخصى الذى لعقد الوديعة ، حتى أنه ليزيد فى ذلك على عقد الوكالة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويفرض فى الوديعة أن شخص الوديع له اعتبار خاص عند المودع ، فلا يجوز للوديع أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة ، إذ أن الضرورات تبيح المحظورات»[(٢)]. ونرى من ذلك أن المودع عنده لا يجوز له أن ينيب عنه غيره فى حفظ الوديعة إلا فى حالتين : (١) إذا أذن له المودع فى ذلك إذناً صريحاً . (٢) أو إذا اضطر إلى ذلك بسبب

= (ويختلف التقنين العراق عن التقنين المصرى فى أنه يجوز للمودع عنده فى التقنين العراق أن يودع الوديعة عند من يأتمنه على حفظ ماله ولو فى غير ضرورة وبغير إذن المودع ، فإذا حصل على إذن المودع خرج من العهدة وارتبط المودع بالوديع الثانى ارتباطاً مباشراً . هذا إلى أن التقنين العراق يحتوى فى المادة ٢/٩٥٨ منه على تفصيلات مأخوذة من الفقه الإسلامى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٩٧ : لا يحق للوديع أن ينيب عنه شخصاً آخر فى المحافظة على الوديعة إلا فى إحدى الحالتين الآتيتين : ١ – إذا أجاز له المودع صراحة . ٢ – اذا قضت بهذا الاحتفاظ ضرورة ماسة جدا .

م ٦٩٨ : إن الوديع يكون ، فيما خلا الحالة المنصوص عليها فى العدد (٢) من المادة السابقة ، مسئولا عن الشخص الذى ينيبه منابه ، ما لم يقم البرهان على أن الوديعة لو بقيت بين يديه لنابها أيضاً الهلاك أو التعيب بدون أن يرتكب خطأ – أما إذا كان يحق للوديع أن ينيب منابه شخصاً آخر ، فلا يلزمه الضمان إلا فى الحالتين الآتيتين : ١ – إذا اختار شخصاً غير حائز الصفات التى تؤهله لحفظ الوديعة . ٢ – إذا استبدل التعليمات التى كانت لديه أو أصدر إلى الشخص الذى أنابه تعليمات نشأ عنها الضرر وإن يكن قد أحسن اختياره .

م ٦٦٩ : يحق للمودع أن يقيم الدعوى مباشرة على نائب الوديع كما لو كانت على الوديع نفسه . (ويتفق التقنين اللبنانى مع التقنين المصرى فى عدم جواز إحلال الوديع شخصاً آخر محله إلا فى حالتين ، ولكنه يختلف عنه فى أنه جعل للمودع دعوى مباشرة تجاه الوديع الثانى ، وفى أنه أورد تفصيلات فى مسئولية الوديع الأول عن الوديع الثانى تتفق فى مجموعها مع القواعد العامة) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٠ – ص ٢٥١ .

ضرورة ملجئة عاجلة ، كما إذا فجأه داع للسفر ولم يتمكن من رد الوديعة إلى صاحبها فاضطر إلى إيداعها عند من يأتمنه عليها ، أوكما إذا دوهم بحبس أواعتقال فلم يتمكن إلا من نقل الوديعة إلى يد تحفظها . وعليه أن يخطر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له هذا الإخطار[١] .

وإذا كان مسموحاً للمودَع عنده أن ينيب عنه غيره فى حفظ الوديعة على الوجه المتقدم الذكر ، فإنه يبقى مع ذلك مسئولاً عن خطأ نائبه تجاه المودع ، مالم يكن هذا الأخير قد أعفاه من هذه المسئولية عندما أذن له فى إنابة غيره ، وبخاصة إذا كان المودع هوالذى اختار هذا النائب[٢] . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا أحل الوديع غيره محله دون إذن بذلك ، كان مسئولا عن فعل ذلك الغير وإن كان ذلك بإذن المودع ، فيكون الوديع مسئولا عن سوء اختياره لذلك الغير وعن كل عيب فى التعليمات التى أصدرها له بشأن حفظ الشيء : انظر م ١٠٠٦ من التقنين التونسى وم ٧٩٢ عن التقنين المراكشى وم ٦٩٨ من التقنين اللبنانى»[٣] .

وإذا تقاضى النائب من المودع عنده أجراً ، جاز لهذا الأخير أن يرجع بهذا الأجر على المودع إذا كان قد أذنه فى الإنابة أوكانت الإنابة بسبب ضرورة ملجئة عاجلة[٤] ، وبشرط ألا يكون المودع عنده يتقاضى أجراً من المودع يدخل فيه أجر النائب[٥] .

---

(١) انظر م ٧٢١ مدنى ليبى آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٥٧ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ – باريس ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ٢٠٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥١ – أما إذا لم يكن مسموحاً للمودع عنده فى إحلال غيره محله فى حفظ الوديعة ، وهلكت الوديعة فى يد الوديع الثانى ولو بقوة قاهرة ، كان الوديع الأول مسئولا لأنه أخطأ فى إحلال غيره محله ، وذلك ما لم يثبت أن الوديعة كانت تهلك لو أنها بقيت عنده ، كما إذا نشبت حريق فالتهمت منزل كل من الوديع الأول والوديع الثانى وأتت على ما فى المنزلين من أثاث وودائع (محمد على عرفة ص ٤٦٩) .

(٤) نقض فرنسى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٧ – ١ – ٢٣ .

(٥) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٣ .

ويجيز القضاء الفرنسى أن يرجع المودع على نائب المودَع عنده بالدعوى المباشرة ، لا فحسب بدعوى الاستحقاق إذا كان المودع مالكاً للشيء ، بل أيضاً بالدعوى الشخصية الناشئة من عقدالإنابة ، ويقيس القضاء الفرنسى دعوى المودع المباشرة قبل نائب المودع عنده على دعوى الموكل المباشرة قبل نائب الوكيل[1] . ويبدو أن من الصعب مجاراة القضاء الفرنسى فى ذلك ، اذ الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص ، وقد وجد هذا النص فى الوكالة ولم يوجد فى الوديعة[2] .

المبحث الثالث

رد الشيء المودع

٣٦١ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء فى أى وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » .

ويحسن أن نورد هذا النص كما ورد فى المشروع التمهيدى ، فهو أكثر إحاطة بموضوع الالتزام بالرد ، وقد أصبح بتعديله على الوجه السالف الذكر أقرب إلى انتهاء الوديعة التى حدد لها أجل . ونص المشروع التمهيدى على كل حال يتفق مع القواعد العامة ، وهو يجرى على الوجه الآتى : « ١ — على الوديع ، متى انتهت الوديعة ، أن يرد إلى المودع أو إلى من يخلفه الشيء المودع وما يكون قد قبضه من ثماره . ٢ — ويرد الشيء المكان الذى يجب

---

(١) نقض فرنسى ٦ يوليه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ١١٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص ٥٢٣ — انظر عكس ذلك بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٥٧ .

(٢) محمد على عرفة ص ٤٧٠ — وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبنانى هذا النص ، فقضت المادة ٦٩٩ من هذا التقنين بأنه « يحق للمودع أن يقيم الدعوى مباشرة على نائب الوديع كما لو كانت على الوديع نفسه » (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك[١] » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٨٧/٥٩٥[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٨٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١/٩٦١ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧١١ والمادة ٧١٤[٣] .

ونبحث فى الالتزام بالرد المسائل الآتية : (١) ما الذى يجب رده . (٢) لمن يكون الرد ومتى وأين يكون . (٣) جزاء الإخلال بالتزام الرد .

(١) تاريخ النص : ورد نص المادة ٧٢٢ مدنى فى المادة ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه المبين فى المتن . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة ، وعدلت الفقرة الأولى على الوجه الذى استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وذكر أنها عدلت « بما يجعل حكمها أدق وأوضح » ، وأصبح رقم النص ٧٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٣) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٤٨٧/٥٩٥ : وعليه (على الوديع) أن يرده (الشيء المودع) إلى المودع نفسه أو لمن ينوب عنه .

(وحكم التقنين المدنى القديم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٩٦١ : على الوديع متى انتهى عقد الوديعة أن يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من أثمارها إلى المودع أو من يخلفه متى طلب منه ذلك . ويكون الرد فى المكان الذى كان يلزم حفظ الوديعة فيه ، ومصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١١ : يجب على الوديع أن يرد الوديعة عينها والملحقات التى سلمت إليه معها بالحالة التى تكون عليها ، مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام المادة ٧١٤ .

م ٧١٤ : لا يكون الوديع مسئولا عن هلاك الوديعة أو عن تعيبها إذا نجم : ١ — عن ماهية الشيء المودع أو عن وجود عيب فيه أو عن فعل المودع . ٢ — عن قوة قاهرة ، ما لم يكن فى حالة التأخر عن رد الوديعة — أما إقامة البرهان على وجود الأحوال المبينة فى الفقرتين (١) و (٢) المتقدم ذكرهما فهى على الوديع إذا كان يتناول أجراً أو يقبل الودائع بمقتضى مهنته أو وظيفته .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

§ ١ - مالذى يجب رده

٣٦٢ — *مسائل ثلاث* : الأصل فى الرد أن يكون عينا ، وقد يكون الرد بمقابل ، ويجب أيضاً رد الثمار .

٣٦٣ — *الرد عينا* : يلتزم المودع عنده ، عند انتهاء العارية ، برد الشىء المودع إلى المودع . والأصل أن يكون الرد عينا ، أى أن يرد نفس الشىء المودع . فترد السيارة المودعة ذاتها ، أو الملابس عينها ، أو الأوراق المالية ، أو البضائع ، أو غير ذلك من الأشياء المودعة . وهذا صحيح حتى لو كان الشىء المودع شيئاً مثلياً وكان يهلك بالاستعمال ، كالأطعمة والغلال والمشروبات ونحوها . والنقود تكون عادة محلا للوديعة الناقصة ، فتكون قرضاً وتنتقل ملكيتها للمقترض ويرد مثلها كما سنرى . ومع ذلك يمكن أن تكون القطع الذهبية أو الفضية ، أو كيس من النقود ، محلا للوديعة الكاملة ، فتحتفظ بذاتيتها لدى المودع عنده ولا تنتقل ملكيتها إليه ، فلا يجوز له التصرف فيها ، ويجب عليه ردها عينا إلى المودع[1] . ويترتب على ما قدمناه أنه إذا كان الشىء المودع أسهما وسندات ولو كانت لحاملها ، كان للمودع أن يطلب ردها عينا بذواتها وبنفس أرقامها[2] ، وله أن يرفض أسهما وسندات أخرى مماثلة لها تماما[3] .

والمودع هو الذى يحمل عبء إثبات ذاتية الشىء المودع إذا حصل

---

(١) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٨٩ .

(٢) فقد تختلف عن مثيلاتها من ناحية مواعيد الاستهلاك ومن ناحية استحقاق الجوائز (محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٣) .

(٣) نقض فرنسى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ١١٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ٦٠٩ - بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٩٠٣ - پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٥ - ويختلف الحكم فيما إذا كانت الأسهم والسندات لم تعين بذواتها ، بل اكتفى بتعيين عددها وتقدير قيمتها ، فعند ذلك يرد مثلها فى العدد والقيمة ، وتكون الوديعة فى هذه الحالة وديعة ناقصة (بوردو ٢٤ مارس سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ - ٢ - ٦٦ - باريس ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ - داللوز الأسبوعى ١٩٣٥ - ٢٢٨ - ليون ٤ يونيه سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ - ٢ - ٧٥) . وانظر فى إيداع الأوراق المالية على هذا النحو فى فرنسا فى مصرف مركزى (Sicovam) تتبعه جميع المصارف التى تقبل ودائع الأوراق المالية الفرنسية والأجنبية : پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ مكررة .

خلاف فى ذلك ، ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة[1] . ويكون الإثبات عادة تجاه المودع عنده حتى يسترد المودع الشيء بعينه ، ولكن يقع أحياناً أن يكون الإثبات تجاه دائنى المودع عنده إذا أفلس هذا الأخير حتى يتمكن المودع من انتزاع الشيء المودع من التفليسة دون أن تمتد إليه حقوق الدائنين[2] . وأكثر ما يكون الإثبات بكتابة تدل على الوديعة ، فتسلم السيارة مثلا بمحضر تسليم أوبيان بأوصافها ، وتسجل أرقام الأوراق المالية المودعة باسم المودع فى دفاتر المودَع عنده . وقد توضع علامات مميزة على الشيء المودَع لإثبات الوديعة ، كما إذا ختم كيس النقود أوصندوق المجوهرات المودع بخاتم المودع ، أووضعت عليه ورقة مكتوبة تحمل اسمه[3] .

ويرد الشيء فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد[4] . غير أنه إذا كان قد هلك أو تلف أو تعيب ، لم يتخلص المودع عنده من المسئولية عن ذلك إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه[5] ، أو أثبت أن الهلاك أو التلف

---

(١) بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٩٠ – ويكون للمودَع عنده فوق ذلك أن يطالب المودع بإبراز إيصال الوديعة ، ولكن إذا عرض عليه المودع أن يكتب له مخالصة بتسلم الوديعة لم يكن للمودع عنده أن يعترض على ذلك ، إذ أنه بهذه المخالصة يتخلص من المطالبة ، ويجب عليه رد الوديعة فى مقابل المخالصة (بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١١٥٩ مكررة) . أما إذا كان الإيصال لحامله ، فلا ترد الوديعة إلا لحامل هذا الإيصال (محمد على عرفة ص ٤٩٢ هامش ٣) .

(٢) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ٢٠٧ – باريس ٥ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ – ٢ – ١٧ – ٣٠ يونيه سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ٢ – ٥٠١ – بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١١٠٩ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٥ .

(٣) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ٢٠٧ – باريس ٦ يوليه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ – ٢ – ١٨٢ – ٣٠ يونيه سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٤ – ٢ – ٤٨ – بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٩١ – محمد على عرفة ص ٤٧٢ .

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٤ – وتقول المادة ٧١١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « يجب على الوديع أن يرد الوديعة عينها والملحقات التى سلمت إليه معها بالحالة التى تكون عليها » (انظر آنفاً فقرة ٣٦١ فى الهامش) .

(٥) وتقول المذكرة الإيضاحية : « ويترتب على التزام الوديع بالرد بعد التزامه بحفظ الشيء أنه إذا ظهر وقت الرد أن الشيء أصابه تلف بسبب تقصير الوديع فى المحافظة على الشيء ، كان مسئولا عن ذلك . أما إذا أصابه تلف أو هلاك دون تقصير من الوديع فلا مسئولية عليه فى ذلك ، وتكون تبعة التلف أو الهلاك على المودع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥) .

أو التعيب كان بسبب أجنبى(١) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(٢) . أما إذا كان الشيء قد ضاع ، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، بخلاف الالتزام بالحفظ فهو التزام ببذل عناية ، وقد قررنا ذلك فى الإيجار وفى العارية ، فإن المودع عنده يكون مسئولا عن الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبى ، ولايكفى أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة(٣) .

٣٦٤ — الرد بمقابل — نص قانونى : وإذا تعذر على المودع عنده رد الشيء عينا ، فقد يحل محل الشيء مقابل له ، وعند ذلك يتعين على المودع عنده أن يرد هذا المقابل للمودع . مثل ذلك أن يكون الشيء المودع سندات فتستهلك (amortis) ويتقاضى المودع عنده قيمتها ، فعليه أن يرد هذه القيمة للمودع(٤) . ومثل ذلك أيضاً أن يكون المودع عنده قد أمن على الشيء المودع من الحريق فاحترق ، وتقاضى مبلغ التأمين من الشركة ، فعليه أن يرد هذا المبلغ للمودع أو يحول له حقه قبل شركة التأمين(٥) . ومثل ذلك أيضاً أن تستولى الإدارة على الشيء المودع للمصلحة العامة ويتقاضى المودع عنده التعويض ، فعليه أن يرد هذا التعويض للمودع(٦) . ومثل ذلك أن يصدر تشريع بوجوب استبدال الأوراق المالية بالذهب ، فيضطر المودع عنده أن يسلم الذهب المودع ويأخذ بدلا منه أوراقاً مالية ، فعليه أن يرد للمودع عنده هذه الأوراق المالية(٧) . وإذا تعدى الغير على الشيء المودع فأتلفه ،

---

(١) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٥٧ .

(٣) انظر الوسيط ٦ فقرة ٤١٨ — فقرة ٤١٩ فى الإيجار وفقرة ٨٦٤ فى العارية . ويورد التقنين المدنى العراقى حكماً خاصاً بالإثبات فيما إذا نقصت الوديعة الموضوعة فى صندوق مغلق أو مظروف مختوم ، وهو حكم مأخوذ من الفقه الإسلامى ، فتقول المادة ٢/٩٦١ من هذا التقنين : « إذا كانت الوديعة موضوعة فى صندوق مغلق أومظروف مختوم وتسلمها الوديع دون أن يدرى ما فيها ، وادعى صاحبها عند ردها إليه نقصان شيء منها ، فلا يجب على الوديع اليمين إلا أن يدعى المودع عليه الخيانة » .

(٤) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ .

(٥) وللمودع عنده أن يسترد من المودع فى مقابل ذلك الأقساط التى دفعها لشركة التأمين ، وتعتبر مصروفات واجبة الرد (پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧) .

(٦) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٩ .

(٧) جيوار فقرة ٧٠ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٩ .

واستحق المودع عنده تعويضاً بسبب هذا الإتلاف ، كان عليه أن يرد التعويض ، أو أن ينزل عن دعوى التعويض للمودع[1] . أما إذا أعدمت الإدارة الشيء دون تعويض تطبيقاً لقوانين الصحة العامة مثلا[2] ، فإن هذا يعتبر هلاكا بقوة قاهرة ، ولا يكون المودع عنده مسئولا ، ومن ثم لا رجوع للمودع عليه[3] .

وقد يتصرف المودع عنده في الشيء أو يتلفه ، وقد قدمنا أنه يكون مسئولا عن ذلك مدنيا وجنائيا[4] . ويقع أيضاً أن يموت المودع عنده ، ويعتقد وارثه بحسن نية أن الشيء المودع هو ملك لمورثه وبذلك يدخل في التركة ،

---

(١) جيوار فقرة ٧٩ – بودرى وڤال في الوديعة فقرة ١١١٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٩ – وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً يورد المبدأ الذى تتفرع عنه هذه الأحكام ، فنصت المادة ١٠٠٤/١ من هذا المشروع على أنه « إذا هلكت الوديعة دون خطأ من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدى ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الشيء الذى كان يجب رده » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٤ – ص ٢٥٦ – وانظر ما يلى نفس الفقرة في الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « غير أنه إذا حصل الوديع في هذه الحالة الأخيرة ممن تسبب في التلف أو الهلاك على تعويض ، أو ثبت له حق المطالبة بتعويض ، فإن العدالة تأبى أن يبرأ هو من التزامه بالرد وأن يحتفظ لنفسه بالتعويض أو بحق المطالبة بالتعويض . فنص في المادة ١٠٠٤/١ على أنه يجب عليه أن يؤدى إلى المودع ما قبض من تعويض ، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الشيء الذى كان يجب رده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥) .

وقد نصت المادة ٩٦٢ من التقنين المدنى العراقى في هذا المعنى على أنه : « إذا هلكت الوديعة بدون تعد أو تقصير من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أو على أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدى ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الوديعة » . وتقول المادة ٧١٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : « إن الوديع الذى انتزعت الوديعة منه بقوة قاهرة ، وأخذ مبلغاً من المال أو شيئاً آخر بدلا منها ، يلزمه رد ما أخذه » .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٧٥ .

(٣) بل إنه يجوز للمودع عنده أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الأمر بإعدام الشيء المودع إذا اقتضى ذلك المحافظة على الصحة العامة أو على الصالح العام (استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٥٩ .

فيتصرف فيه . وقد أورد التقنين المدنى حكم هذه الحالة ، فنصت المادة ٧٢٣ منه على أنه « إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية ، فليس عليه لمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عن حقوقه على المشترى . وأما إذا تصرف فيه تبرعاً ، فإنه يلتزم بقيمته وقت التبرع »[1]. ويجب هنا التمييز بين ما إذا كان الشيء المودع عقاراً أو منقولا . فإن كان عقاراً ، وباعه الوارث ولو بحسن نية ، فإن ملكيته لاتنتقل إلى المشترى بالبيع لأن البيع قد صدر من غير مالك ، ولذلك يستطيع المودع وهو المالك الحقيقى أن يسترد العقار من تحت يد المشترى ، ولاحاجة لتطبيق المادة ٧٢٣ مدنى . ولكن المشترى إذا كان حسن النية قد يتملك العقار بالتقادم القصير ، وعند

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – إذا هلكت الوديعة دون خطأ من الوديع ، وحصل الوديع بسبب ذلك على مبلغ من النقود أوعلى أى عوض آخر ، وجب عليه أن يؤدى ذلك إلى المودع ، وأن يحول إليه ما عسى أن يكون له من دعاوى قبل الغير بشأن الشيء الذى كان يجب رده . ٢ – ويسرى هذا الحكم أيضاً على وارث الوديع إذا باع وهو حسن النية شيئاً كان يجهل أنه وديعة . فإن كان الوارث قد تبرع بهذا الشيء ، فإنه يلتزم بقيمته . أما إذا كان للمودع فى استرداد الشيء ذاته مصلحة تفوق كثيراً مصلحة من آل إليه هذا الشيء ، جاز له أن يطالب برد الشيء على أن يرد الثمن والمصروفات » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة ، وعدلت الفقرة الثانية على الوجه الذى استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم النص ٧٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٤ – ص ٢٥٦) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٩٤/٦٠٣ : من ينوب عن حافظة الوديعة إذا باعها مع عدم علمه بأنها وديعة ، فليس عليه لمالكها إلا رد ما قبضه من الثمن أو التنازل له عما له من الحقوق على المشترى ، وأما إذا كان ملكها لأحد مجانا فعليه قيمتها بحسب التقويم .

(وأحكام التقنين القديم تتفق مع أحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل – ولا مانع من تطبيق النص فى العراق لأنه يتفق مع القواعد العامة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل – ولا مانع من تطبيق النص فى لبنان لأنه يتفق مع القواعد العامة .

ذلك ينطبق نص المادة ٧٢٣ مدنى ، ويرجع المودع على الوارث بالثمن . ومن باب أولى يكون هذا هو الحكم إذا لم يكن المشترى حسن النية ولكنه تملك العقار بالتقادم الطويل ، ولم تسقط دعوى المودع قبل الوارث . أما إذا كان الشيء المودع منقولا ، وكان المشترى حسن النية ، فإنه يتملك المنقول بالحيازة ، فلا يستطيع المودع أن يسترده . ولا يبقى أمامه إلا أن يسترد ما يقابله ، وهو الثمن الذى قبضه الوارث أو الدعوى بالثمن إذا كان الوارث لم يقبض الثمن[1] . فإذا كان الوارث ، بدلا من أن يبيع الشيء المودع ، وهبه ، فالمقابل فى هذه الحالة هو قيمة الشيء وقت التبرع . ولذلك قضت المادة ٧٢٣ مدنى كما رأينا بأن المودع يرجع بهذه القيمة على الوارث[2] ، فقطعت بحكم يخالف ما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين من أن الوارث لا يرد للمودع إلا مقدار ما استفاد به من الهبة ، فإذا ثبت أنه لو لم يكن الشيء المودع فى يده كان يهب غيره من ماله الخاص كما يقع عادة فى مهر الأولاد أو فى هدايا الخطبة رجع عليه المودع بقيمة ما كان يهبه من ماله الخاص[3] .

---

(١) ويجب أن يحول الوارث حقه بالثمن فى ذمة المشترى إلى المودع حوالة حق ، ولا يجوز للمودع أن يرجع مباشرة على المشترى قبل أن تتم هذه الحوالة (لوران ٢٧ فقرة ١٠٩ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٢١) — وإذا كان الوارث سيء النية وباع لمشتر سيء النية ، كان للمودع أن يسترد الشيء من المشترى وأن يرجع بالتعويض على كل من الوارث والمشترى لسوء نيتهما . أما إذا باع الوارث سيء النية لمشتر حسن النية ، فإن المودع لا يستطيع الاسترداد من المشترى ، ولكنه يرجع على الوارث بتعويض كامل ولا يقتصر على استرداد الثمن . بقى أن يبيع الوارث حسن النية لمشتر سيء النية ، وهذا نادر ، ويجوز فى هذه الحالة للمودع أن يسترد الشيء من من المشترى سيء النية مع التعويض إن كان له مقتض .

وإذا استهلك الوارث الشيء ، رد إلى المودع قيمته وقت الاستهلاك ، ولو كان حسن النية ، وذلك ما لم تنزل هذه القيمة وقت الرد فلا يرد إلا هذه القيمة المخفضة (جيوار فقرة ٧٢ — پون ١ فقرة ٤٨٤ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٢٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٥٤ — محمد على عرفة ص ٤٧٧) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٤ وهامش ٦ .

(٣) جيوار فقرة ٧٢ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٢٣ — فقرة ١١٢٤ — وقرب پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ — وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٣ يتضمن فى آخر النص العبارة الآتية : « أما إذا كان للمودع فى استرداد الشيء ذاته مصلحة تفوق كثيراً مصلحة من آل إليه هذا الشيء ، جاز له أن يطالب برد الشيء على أن يرد الثمن والمصروفات » . وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ —

٣٦٥ — رد الثمار : ويلتزم المودع عنده أيضاً برد الثمار التى ينتجها الشىء المودع[1] . والأصل هو أن يرد هذه الثمار عينا مع الشىء المودع ذاته . فإذا كان هذا الشىء أسهما أو سندات واستحقت أرباحا ، وجب على المودع عنده أن يرد الأسهم أو السندات وأرباحها معها . وإذا كسب سهم أو سند جائزة ، وجب رد هذه الجائزة مع السهم أو السند[2] . وإذا كان

= ص ٢٥٤ وص ٢٥٦ – وانظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) . ولما كان هذا النص يتعارض مع القواعد العامة ، لأنه يجعل الشىء المودع فى حكم الشىء المسروق الذى بيع فى سوق عام ، فيسترده صاحبه بعد رد الثمن والمصروفات ، ولا محل لقياس هذه الحالة على حالة الشىء المسروق ، لذلك لا يسرى هذا الحكم بعد حذف النص . ويتعين تطبيق القواعد العامة ، وهى تقضى بأن يبقى الشىء مملوكاً للمشترى أوللموهوب له ، ولا يجوز للمودع أن يرجع إلا بالثمن أو القيمة على الوارث .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٢/١٠٠٤ من المشروع (وهى التى تقابل م ٧٢٣ مدنى) : « وهناك حالة نص عليها التقنين الحالى (القديم) فى المادة ٦٠٣/٤٩٤ تشبه فى حكمها ما يترتب على هلاك الشىء تحت يد الوديع بدون تقصير منه ، وهى حالة وارث الوديع الذى لا يعلم أن الشىء وديعة ، فيعتقد أنه مملوك لمورثه ، ويتصرف فيه بحسن نية إلى آخر . فنص عليها المشروع فى المادة ٢/١٠٠٤ ، وفرق بين ما إذا كان تصرف الوارث معاوضة أوتبرعاً . ففى الحالة الأولى أجرى عليها حكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٠٤ ، أى أنه ألزمه بأن يؤدى إلى المودع ما يكون قد قبضه ثمناً للشىء المودع ، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من حقوق بشأن ذلك الشىء قبل المتصرف إليه . أما فى الحالة الثانية حيث يكون الوارث حسن النية قد تصرف بغير مقابل ، فلم يقبض شيئاً حتى يؤديه إلى المودع ، ولم يثبت له حق قبل الغير حتى يحوله إلى المودع ، لذلك قارن المشروع بين كل من المودع والوارث والمتبرع إليه (حيث يجوز لهذا أن يتمسك بكسب الملكية) ، فوجد أن أولاهم بالرعاية المتبرع إليه ، ثم المودع ، وأقلهم استحقاقاً للرعاية الوارث فألزمه بأن يرد إلى المودع قيمة الشىء » (مجموعة الأعمال ٥ ص ٢٥٥ – ص ٢٥٦) .

(١) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ – محمد على عرفة ص ٤٧٢ – محمد كامل مرسى فقرة ٣١٧ . وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٢ مدنى كان يجرى فى فقرته الأولى على الوجه الآتى : « على الوديع ، متى انتهت الوديعة ، أن يرد إلى المودع أوإلى من يخلفه الشىء المودع وما يكون قد قبضه من ثماره » (انظر آنفاً فقرة ٣٦١) . وتنص المادة ٦٠٢/٤٩٣ من التقنين المدنى القديم على أنه « يجب فى جميع الأحوال على حافظ الوديعة أوحارسها أن يرد أيضاً محصولها ونتائجها . وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبته بردها مطالبة رسمية » (وتضيف المادة ٦٠٢ مدنى مختلط : عند وجوب الرد أو من وقت استعماله الوديعة لمنفعة نفسه) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص ٥١٧ .

لمودع الأسهم حق الاكتتاب فى أسهم أخرى كما يقع فى بعض الأحوال ، وجب على المودع عنده أن يحافظ على هذا الحق فلا يضيعه بل يتلقى تعليمات المودع فى شأنه . فإذا لم يتلق منه تعليمات وجب عليه أن يبيع هذا الحق للغير ويرد ثمنه للمودع ، وبهذا يكون قد حافظ على الحق ورد مقابله ، إذ هو لا يستطيع أن يكتتب فى أسهم أخرى باسم المودع إذا لم يحصل على توكيل منه فى ذلك[1] . وإذا كان الشىء المودع حيواناً له نتاج أو أرضاً تنتج محصولا ، وجب عليه أن يرد النتاج أوالمحصول ، وإذا خشى على شىء منها التلف جاز له بيعه ورد ثمنه إلى المودع[2] .

وسنرى أن وديعة النقود ، وهى الوديعة الناقصة ، تعتبر قرضاً ، ومن ثم يجوز الاتفاق على أن يتقاضى المودع فائدة على هذا القرض ، وتكون هذه الفائدة بمثابة ثمار الشىء المودع[3] .

---

(١) Légal فى إيداع الأوراق المالية فى البنك – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ – السين ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٥ – ٢ – ٥٧ – پواتييه ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ – ٣٥٣ .

(٢) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٨ ص٥١٧ – هذا وتنص المادة ٧١٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه (يجب على الوديع أن يرد مع الوديعة ما جناه من منتجاتها الطبيعية والمدنية » .

(٣) وقد تكون وديعة النقود وديعة كاملة ترد فيها النقود وبذاتها كما سبق القول (انظر آنفاً فقرة ٣٦٣) ، وفى هذه الحالة لا يتقاضى المودع فوائد عنها . ولكن إذا تأخر المودع عنده فى ردها ، جاز للمودع ، أن يطالب بتعويض عن هذا التأخر بعد إعذار المودع عنده . ويجوز أن يكون هذا التعويض هو الفوائد القانونية للنقود من وقت الإعذار . ولا يقال هنا إن فوائد النقود لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ، فإن ذلك إنما يكون إذا كانت النقود دينا فى الذمة ، أما إذا كانت مودعة على أن ترد بذاتها فإنها تعتبر عيناً معينة ، فلا يشترط للمطالبة بالتعويض إلا الإعذار كما فى سائر الأعيان (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٠٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ – محمد على عرفة ص ٤٧٣ – وانظر م ١٩٣٦ مدنى فرنسى) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وبما أن الوديع ليس له استعمال الشىء ولا استغلاله ، فإن الشىء إذا كان مما ينتج ثماراً وقبضها الوديع ، وجب عليه ردها إلى المودع . . فإن لم يقبض ثماراً لا يجب عليه شىء . فإذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود ، فلا يجب عليه فوائده إلا من وقت إعذاره بردها : م ١٩٣٦ فرنسى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٥٥ – وانظر م ٤٩٣/٦٠٢ مدنى قديم آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

أما إذا كانت وديعة النقود وديعة ناقصة ، أى قرضاً ، فإنها تصبح دينا فى الذمة ، ولا يتقاضى المودع فوائد عنها إلا بموجب اتفاق أو من وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد (محمد على عرفة ص ٤٧٢ – ص ٤٧٣) .

§ ٢ – لمن يكون الرد ومتى أين يكون

٣٦٦ – لمن يكون الرد : والرد يكون للمودع نفسه(١) ، لأنه هو الذى تعاقد مع المودع عنده فهو الدائن بالرد . ولا يطالب المودع بإثبات أنه مالك للشيء المودع(٢) إلا إذا كان يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا ، أما إذا طالب برد الشيء باعتباره مودعا أى بالدعوى الشخصية التى تنشأ من عقد الوديعة ، فيكفى أن يثبت هذا العقد(٣) . ولا يجوز فى الأصل الرد لغير المودع ، فلو تقدم شخص لتسلم الوديعة وزور إمضاء المودع فى إيصال تسلمها لم يكن هذا الرد مبرئاً لذمة المودع عنده(٤) ، بل يجب عليه أن يسترد الوديعة ممن تسلمها

---

(١) وقد يغيب المودع ويعتبر مفقوداً ، وتقول المادة ٩٦٥ مدنى عراقى فى هذا الصدد : « إذا كان المودع غائباً غيبة منقطعة ، فعلى الوديع حفظ الوديعة إلى أن يعلم موته أو حياته . فإن كانت الوديعة ما يتلف بالمكث ، فللوديع بيعها بإذن المحكمة وحفظ ثمنها عنده أمانة ، وذلك مع مراعاة القوانين الأخرى » .

(٢) انظر م ١٩٣٨/١ مدنى فرنسى .

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ – مونپلييه ١٠ نوفبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٩ – ١ – ٦٧ . وتقول المادة ٧٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « يجب على الوديع أن يسلم الوديعة إلى المودع أو إلى الذى أودعت باسمه أو إلى الشخص المعين لاستلامها . ولا يمكنه أن يوجب على المودع إثبات ملكيته الوديعة – ويحق للشخص المعين لاستلام الوديعة أن يقيم الدعوى مباشرة على الوديع لإجباره على رد الوديعة إليه » .

ومع ذلك إذا لم يكن المودع مالكاً ، وأخطر المالك المودع عنده ألا يسلم الوديعة للمودع ، فعلى المودع عنده أن يمتنع عن تسليم الوديعة لهذا الأخير ، ولكن لا يجوز له تسليمها للمالك إلا برضاء المودع أو بموجب حكم قضائى . وعليه أن يودعها على ذمة من له الحق فيها (نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ – ١ – ٢٧٨ – ٦ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ١٢١ – ٢ نوفبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ١ – ٤١٣ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٣٦ وفقرة ١١٥٥ وما بعدها – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ ص ٥١٩ – وانظر م ١٩٤٤ مدنى فرنسى) . وتقضى المادة ١٩٣٨/٢ مدنى فرنسى بأن المودع عنده إذا علم أن الشيء المودع مسروق يجب عليه أن يخطر المالك وأن يحدد له ميعادا معقولا يطالب فيه بملكه ، فإذا لم يفعل كان للمودع عنده أن يرد الشيء للمودع . ولا يوجد مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى ، فلا يجوز للمودع عنده أن يسلم الشيء المسروق للمودع ، وعليه أن يودعه على ذمة من له الحق فيه . أما إذا تلقى المودع عنده الوديعة من السارق نفسه ، وعلم بذلك ، فإنه يجب عليه أن يرد المسروق إلى صاحبه وإلا كان مرتكبا لجريمة إخفاء أشياء مسروقة (پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ ص ٥١٩ – محمد على عرفة ص ٤٨٣ – ص ٤٨٤ – وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٣١٩) . وانظر فى شرح المادة ١٩٣٨/٢ مدنى فرنسى : بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٣١ – فقرة ١١٣٥ .

(٤) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٠ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٢٦ .

ويردها للمودع ، وإذا تعذر ذلك وجب عليه التعويض[١] . ويقع فى كثير من الأحيان أن يكون شخص المودع غير معروف للمودع عنده ، كما فى الأشياء التى تودع فى المطاعم والمسارح والملاهى والمحلات العامة ، فإن المودع يتلقى عادة تذكرة مرقومة (ticket) يسترد بها الشيء المودع . وتعتبر هذه التذكرة فى الودائع المألوفة ، كالمعطف والعصا والمظلة ، سنداً لحامله ، فمن يتقدم بها يتسلم الشيء المودع ، ولامسئولية على المودع عنده إذا حمل هذه التذكرة غير المودع وتسلم بموجبها الشيء المودع . أما فى الأشياء الثمينة ، كالمجوهرات والمصاغ والنقود ، فإنه يجب على المودع عنده قدر معين من الحيطة ، فيتحرى قبل أن يسلم الوديعة لمن يتقدم بالتذكرة أنه هو صاحبها[٢] .

وقد يكون من تعاقد مع المودع عنده هو نائب المودع لا المودع نفسه ، كالوكيل والولى والوصى والقيم ، فإذا كان المودع عند رد الوديعة قد استكمل أهليته ، بأن بلغ القاصر أو فك الحجر عن المحجور ، أو كان المودع كامل الأهلية منذ البداية وناب عنه وكيل فى الإيداع ، فإن الرد لا يجوز إلا للمودع نفسه دون الوكيل أو الولى أو الوصى أو القيم[٣] . أما إذا كان المودع لايزال تحت الولاية أو كان وكيله موكلا أيضاً فى استرداد الوديعة ، فإن الرد يكون للوكيل أو للولى أو للوصى أو للقيم[٤] . ويجب على المودع عنده أن يتثبت

---

(١) فإذا قدم الشخص مع الإيصال المزور إيصال تسليم الوديعة ، وكان تسرب هذا الإيصال إلى يده بخطأ من المودع ، كان رد الوديعة إليه صحيحاً مبرئا للذمة (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٠) .

(٢) السين ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٤ – ٢ – ١٣٩ – ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ جازيت دى باليه ١٩٥٣ – ٢ – ٦١ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٩ – محمد على عرفة ص ٤٧٨ – ص ٤٧٩ .

(٣) وتقول المادة ٧٠٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « إذا قام بالإيداع وصى أولى بصفة كونه وصياً أو ولياً ولم تبق له هذه الصفة فى وقت الاسترداد ، فلا يجوز أن ترد الوديعة إلا إلى الشخص الذى كان المودع يمثله إذا كان هذا الشخص أهلا للاستلام ، أو إلى الشخص الذى خلف الوصى أو الولى » . وانظر م ١٩٤١ مدنى فرنسى – وانظر بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٢٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ .

(٤) وعلى المودع عنده أن يستوثق من أهلية من يرد له الوديعة (نقض فرنسى ٥ يونيه سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ – ٢ – ٦٣ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٧ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٠٢) . ويكون الرد للوصى أو =

من صفة من يرد له الوديعة من هؤلاء ، فإذا تعذرعليه ذلك وجب عليه أن يودع الوديعة خزانة المحكمة(١) .

وقد يكون المودع وقت الرد قد مات ، فيكون الرد لوارثه . وإذا تعدد الورثة ، أو تعدد الودعاء من الأصل ، فإن الرد يكون لكل منهم بمقدار نصيبه إذا كان الشيء المودع قابلا للتجزئة . فإذا لم يقبل التجزئة ، وجب على الورثة أو الودعاء أن يتفقوا فيما بينهم ليتسلموا الوديعة جميعاً أو ليتسلمها واحد منهم يعينونه(٢) . فإذا لم يتفقوا ، جاز للمودع عنده أن يودعها على ذمتهم وفقاً لأحكام الإيداع(٣) . ويجوز رد الوديعة للوارث الظاهر ، مادام المودَع

= القيم ، إذا كان المودع أهلا وقت تسليم الوديعة ثم أصبح غير أهل عند الرد . وتقول المادة ٧٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد : « إذا كان المودع شخصاً غير متمتع بالأهلية أو شخصاً أعلن القضاء عدم ملاءته ، فلا يجوز رد الوديعة إلا لمن يمثله على وجه قانوني ، وإن يكن فقدان الأهلية أو فقدان الملاءة قد حدث بعد الإيداع » . انظر م ١٩٤٠ مدني فرنسي ، وانظر بودري وڤال في الوديعة فقرة ١١٢٨ .

(١) استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ – فإذا تثبت المودع عنده من صفة الوصي جاز أن يرد له الوديعة ، ولو ثبت بعد ذلك أن هناك وصية من المودع تقضي ببقاء الوديعة في يد المودع عنده وتسليمها الوارث عند بلوغه سن الرشد ، مادام المودع عنده لا علم له بهذه الوصية (استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٨) .

(٢) بودري وڤال في الوديعة فقرة ١١٢٧ وفقرة ١١٤٢ – بلانيول وريبير وساڤاتييه فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ – وانظر م ١٩٣٩ مدني فرنسي .

(٣) وتقول المادة ٧٠٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد : « إذا توفي المودع ، فلا يجوز للوديع أن يرد الوديعة إلى غير وارثه أو من يمثله على وجه قانوني – وإذا وجد عدة ورثة ، جاز للوديع أن يختار أحد وجهين : فإما أن يعرض القضية على القاضي ثم يعمل بمقتضى قراره فيرفع التبعة عن عاتقه ، وإما أن يرد إلى كل من الورثة مايعادل نصيبه وفي هذه الحالة يبقى مسئولا – وإذا كانت الوديعة غير قابلة للتجزئة ، وجب على الورثة أن يتفقوا ليتمكنوا من استلامها – وإذا وجد بينهم قصر أوغائبون ، فلا يمكن رد الوديعة إلا بإذن من القاضي – وإذا لم يتفق الورثة أو لم يحصلوا على هذا الإذن ، فالوديع تبرأ ذمته بإيداع الوديعة وفاقاً لأحكام الإيداع ، إما من تلقاء نفسه وإما بموجب حكم من القاضي يصدره بناء على طلب أي كان من ذوي الشأن – أما إذا كانت التركة غرقة ، أوكان هناك أشخاص موصى لهم ، فيجب على الوديع في كل حال أن يرفع الأمر إلى القاضي » . وتقول المادة ٧٠٨ : « إن أحكام المادة السابقة تطبق أيضاً على الحالة التي يكون فيها عقد الإيداع صادراً من قبل عدة أشخاص معاً ، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على أن الوديعة يمكن ردها إلى أحدهم أو إلى الجميع » . وتنص المادة ٩٦٣ مدني عراقي على أنه « إذا أودع اثنان مالا مشتركا لهما عند شخص ، ثم طلب أحدهما رد حصته =

عنده حسن النية ويعتقد أن من تسلم الوديعة هو الوارث الحقيقى ، ويكون الرد مبرئاً لذمته ، ثم يرجع الوارث الحقيقى على الوارث الظاهر الذى تسلم الوديعة(١) .

وقد يكون المودع عين شخصاً لتسلم الوديعة . فإذا كانت الوديعة لصالح هذا الشخص ، وجب أن يكون الرد له دون المودع ، أو بترخيص منه(٢) . أما إذا كانت الوديعة لصالح المودع نفسه ، فيحمل تعيين هذا الشخص على أنه وكيل عن المودع ، فيجوز رد الوديعة إليه كما يجوز ردها للمودع نفسه . ويجوز للمودع فى هذه الحالة عزل الوكيل وإعلان المودع عنده بهذا العزل ، وعندئذ لا يجوز لهذا الأخير أن يرد الوديعة إلا للمودع ، ولا يصح ردها للوكيل المعزول(٣) . وإذا مات المودع انعزل الوكيل بموته ، فإذا علم المودع عنده بموت المودع ، وجب عليه رد الوديعة إلى ورثة المودع لا إلى الوكيل الذى انعزل بموت الموكل(٤) . ومع ذلك ترد الوديعة ، حتى بعد موت المودع ، لا إلى ورثته ، بل إلى الشخص الذى يحمل التذكرة المرقومة (ticket) التى تخول الحق فى تسلم الوديعة ، أو إلى الشخص الذى يحمل إيصال الشحن أو التخزين (récepissé) فى المخازن العامة ، إذ أن كلا من التذكرة

= من الوديعة ، فإن كانت من المثليات كان على الوديع الرد ولو كان شريكه غائباً ، وإن كانت من القيميات فليس له الرد إلا برضاء الشريك الآخر » . وتنص المادة ٩٦٤ من نفس التقنين على أنه « إذا أودع اثنان شيئاً متنازعاً فيه عند أحد ، فليس له رده لأحدهما دون إذن الآخر أو قرار المحكمة » (وهذه هى الحراسة الاتفاقية) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٠ – روان ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ٢ – ٢٥١ – على أن الوارث يحمل عبء إثبات حقه فى الوراثة (نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ – ١ – ٣٠٥) .

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ – وتقول المادة ٢/٧٠٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « وإذا كان الإيداع لشخص ثالث ، فيجب عليه ألا يرد الوديعة إلا بترخيص منه » .

(٣) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٤٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ وهامش ٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٢٢٣ – هيك ١١ فقرة ٢٤٤ – جيوار فقرة ٨٧ – بون ١ فقرة ٤٨٠ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٤٣ – محمد على عرفة ص ٤٨٦ – وانظر م ٢٠٠٣ مدنى فرنسى .

وإيصال الشحن أو التخزين يعتبر سنداً لحامله[1] . وقد يتفق المودع مع المودع عنده على أن يرد الوديعة بعد موته إلى الشخص الذى عينه . فيكون الرد فى هذه الحالة بعد موت المودع ، لا لوارثه بل للشخص الذى عينه ، إذا تبين أن المودع لم يكن إلا وكيلا فى الإيداع عن هذا الشخص أو فضوليا ناب عنه فى الإيداع دون توكيل[2] . وكذلك يكون الرد للشخص المعين لا للوارث ، إذا تبين أن الوديعة على هذا النحو تخفى وصية مستترة وكانت الوصية جائزة[3] . ويكون الرد كذلك للشخص المعين لا للوارث ، إذا كان الشىء المودع سنداً حامله الطبيعى هو هذا الشخص[4] ، أو إذا كان الإيداع والرد على هذا النحو قد حصل بناء على اتفاق بين المودع وشخص ثالث لمصلحة الطرفين[5] . أما إذا كان الاتفاق يخفى وصية غير جائزة أو تصرفاً غير مشروع ، فإن الرد يكون للوارث لا للشخص المعين[6] ، وإذا شك المودع عنده فى الأمر فما عليه إلا أن يودع الشىء على ذمة من له الحق فيه[7] .

---

(١) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٢ – ولايعتبر هذا السند لحامله توكيلا وإلا انعزل حامل السند بالعزل أو بموت الموكل ، ووجب رد الوديعة إلى الموكل نفسه أوإلى ورثته . والصحيح أن حامل السند هو الأصيل لا الوكيل ، فلا يجوز رد الوديعة إلا إليه هو (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٤١) .

(٢) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٥٨١ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٤٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص٥٢١ – كولان وكاپيتان ودى لاموانديير ٢ فقرة ١٢٤١ ص٨١٠ .

(٤) جرينوبل ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٨ داللوز ١٩٠٠ – ٢ – ١٩ .

(٥) كما إذا كان المودع مدينا راهناً رهن حيازة ، واتفق مع الدائن المرتهن على إيداع العين المرهونة عند المودع عنده على أن ترد إلى الدائن المرتهن إذا مات الراهن قبل فك الرهن (پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢٢ هامش ١) .

(٦) نقض فرنسى ١٥ نوفبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ١ – ٤٣٠ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٢٢٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٦ هامش ١٣ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٠ ص ٥٢١ – پلانيول وريپير بولانچيه ٢ فقرة ٢٨٦٧ – كولان وكاپيتان ودى لاموانديير ٢ فقرة ١٢٤١ – وقارن بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٤٤ .

(٧) وقد يتصرف المودع فى الوديعة لمشتر أولموهوب له ، وعندئذ يكون الرد للمتصرف =

٣٦٧ — متى يكون الرد : يكون الرد ، كما تقول المادة ٧٢٢ مدنى فيما رأينا ، بمجرد أن يطلب المودع ذلك إلا إذا ظهر أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وبمجرد أن يطلب المودع عنده من المودع أن يتسلم الشىء إلا إذا ظهر أن الأجل عين لمصلحة المودع . والأولى أن يقال إن الرد يكون عند انتهاء الوديعة ، ونبحث عند الكلام فى أسباب الوديعة متى تنتهى الوديعة قبل انقضاء الأجل .

ومع ذلك يجوز للمودَع عنده أن يمتنع عن رد الوديعة حتى بعد انتهاء العقد ، إذا كان له حق حبسها . ويثبت له هذا الحق إذا كان له فى ذمة المودع دين بموجب عقد الوديعة ، كأن أنفق مصروفات على الشىء المودع أو أصيب بضرر بسبب الوديعة وأصبح له الحق فى الرجوع بالتعويض أوكان له أجر فى ذمة المودع ، فإن له أن يحبس الوديعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى

= له لأن الحق فى الرد انتقل إليه بالتصرف باعتباره من مكملات الشىء المبيع أو الموهوب (الإسكندرية الوطنية ١٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٥ – نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ١٨٧ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ١٢٤١ ص ٨١٠ – محمد على عرفة ص ٤٨٧ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٠) . ولا تسرى إجراءات حوالة الحق ، لأن الوديعة ليست دينا فى الذمة ، بل هى دين بعين معينة بالذات . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه متى كان المال موجوداً تحت يد زيد بصفة وديعة ، فيجب عليه دفعه لصاحبه أو لمن تنازل له عنه ، ولايشترط لصحة هذا التنازل رضاء المودع عنده لأن هذا الشرط يلزم فقط فى حالة كون الموجود المال بيده مديناً لا أميناً (مصر الوطنية ٢٥ يوليه سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٩٣) . وقضى فى نفس المعنى بأن للمودع الحق المطلق فى التصرف فى الوديعة ، ولايشترط قانوناً لصحة هذا التصرف رضاء المودع عنده به ، لأن أحكام الحوالة لا تنطبق على عقد الوديعة وتتنافى مع طبيعتها . فللمودع أن يعين شخصاً لتسلم الوديعة أو أن يبيعها أو أن يتنازل عنها للغير ، ويكون لهذا الغير حق تسلمها دون سواه . ولايصح الاحتجاج عليه بعدم قبول المودع عنده بهذا التصرف لأنه ليس مديناً بالمعنى الصحيح ، وسيان عنده بقيت الوديعة فى ملك المودع أو تصرف فيها للغير ، لأنه ملزم قانوناً بردها بمجرد طلبها ، ولايتغير مركزه إذا كان المطالب بها المودع أو أى شخص آخر (الإسكندرية الوطنية ٢٤ ينايرسنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص٣٩٦) .

وكما يكون الرد للمودع ، كذلك يجب على هذا أن يطلب الرد من المودع عنده لا من شخص آخر ، فالراسى عليه المزاد إذا كان قد أودع الثمن خزانة المحكمة ، ثم أبطل المزاد لعيب فى الإجراءات ، يجب أن يطلب رد الثمن من خزانة المحكمة وهى المودع عندها ، لا من الدائن الذى باشر الإجراءات بدعوى أن على هذا الأخير أن يقوم هو باسترداد الثمن من خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٠) .

التعويض أو يستوفى الأجر(١) . وذلك كله وفقاً للقواعد العامة فى حق الحبس ، وكذلك وفقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد إذ الوديعة تصبح فى هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين تسرى عليها هذه القاعدة(٢) .

كذلك يمتنع المودَع عنده عن رد الوديعة للمودع حتى بعد انتهاء العقد ، إذا حجز تحت يده على الوديعة دائن للمودع حجزاً تحفظياً(٣) . ولا يقتضى الحجز التحفظى سنداً تنفيذياً ، بخلاف الحجز التنفيذى فيقتضى هذا السند(٤) . كذلك يمتنع المودع عنده عن رد الوديعة إذا رفعت عليه دعوى بالاستحقاق ، أو أخطره شخص أنه هو المالك للوديعة وطلب إليه ألا يسلمها للمودع(٥) .

ولكن لا يجوز للمودع عنده أن يمتنع عن رد الوديعة عند انتهاء العقد ، تمسكاً منه بمقاصة بين دين الوديعة ودين له فى ذمة المودع ، فإن المقاصة لا تجوز فى هذه الحالة . وقد استثنت المادة ٣٦٤ مدنى من المقاصة فى الديون حالة ما « إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده »(٦) .

---

(١) أما إذا كان حق المودع عنده فى ذمة المودع لا شأن له بالوديعة ، فلا يكون للمودع عنده حق الحبس (استئناف مختلط ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٩٢) .

(٢) انظر م ١٩٤٨ مدنى فرنسى – وانظر بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٧٥ وما بعدها .

(٣) محمد على عرفة ص ٤٩٠ .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٢ .

(٥) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى كان يتضمن نصاً فى هذا المعنى هو تطبيق للقواعد العامة ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع ، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فوراً ، وجاز له أن يحصل على ترخيص فى إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها » (انظر آنفاً فقرة ٣٥٦) . وتقول المادة ٧١٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد : « يجب على الوديع أن يرد الوديعة إلى المودع وإن يكن هناك شخص آخر يدعيها لنفسه ، ما لم تحجز أو تقم فى شأنها دعوى الاستحقاق لدى القضاء . فعندئذ يجب على الوديع أن يخبر المودع بلا إبطاء عن الحجز أو دعوى الاستحقاق ، ويصبح الوديع بمعزل عن الدعوى منذ الساعة التى يثبت فيها أنه وديع لا غير . وإذا طالت مدة النزاع إلى ما بعد التاريخ المعين لرد الوديعة ، فللوديع أن يستصدر إذناً فى إيداعها لحساب صاحب الحق » . انظر أيضاً م ١٩٤٤ مدنى فرنسى – وانظر بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٣٨ .

وقد يحصل الاعتراض من أقارب المودع إذا تقدموا بطلب الحجر عليه (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٣٨ ص ٦١١ هامش ٣ – محمد على عرفة ص ٤٩٠) .

(٦) فالمقاصة لا تكون إلا بين المثليات ، والشىء المودع يعتبر شيئاً معيناً بالذات أو تمن =

٣٦٨ — أين يكون الرد ومصروفاته : رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٢ مدنى كان يجرى فى الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « ويرد (الوديع) الشيء فى المكان الذى يجب فيه حفظه ، وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة[1] . والقواعد العامة تقضى بنفس هذه الأحكام .

أما فيما يتعلق بمكان الرد ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى على أنه « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . فإذا كان المتعاقدان اتفقا على مكان الرد ، كان هو المكان الواجب الرد فيه . فإن لم يكن هناك اتفاق ، فإن محل الوديعة ، وهو شيء معين بالذات يرد بعينه ، يجب رده فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت إبرام الوديعة[2] . أما إذا كانت الوديعة ناقصة ، فإنها تكون ديناً فى الذمة إذ يجب رد مثلها لا عينها ، ومن ثم يكون الرد فى المكان الذى يوجد فيه موطن المودَع عنده وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال (م٣٤٧/٢ مدنى) .

أما فيما يتعلق بمصروفات الرد ، فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين (م ٣٤٨ مدنى) ، ومن ثم تكون مصروفات

= عليه المودع عنده ، حتى لو كان من المثليات (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ — المنصورة الكلية الوطنية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٠ ص ١٤٤٨ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٧ — محمد على عرفة ص ٤٩٢) . ولذلك تجوز المقاصة فى الوديعة الناقصة ، لأنها تكون فى المثليات وتعتبر قرضاً (جيوار فقرة ٢٢ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٧) . ومع ذلك انظر فى عدم جواز المقاصة فى الوديعة الناقصة : استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦١ فى المتن والهامش .

(٢) محمد على عرفة ص ٤٨٩ — وانظر فى القانون الفرنسى المادتين ١٩٤٢ — ١٩٤٣ مدنى فرنسى — هيك ١١ فقرة ٢٥٠ — جيوار فقرة ١٠٢ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٥٩ وفقرة ١١٦٠ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨١ . وتنص المادة ٧٠٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يجب رد الوديعة فى مكان إيداعها ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وإذا كان من المتفق عليه أن ترد فى مكان غير المكان الذى أودعت فيه ، فعلى المودع أن يقوم بنفقة ردها ونقلها » .

الرد على المودع عنده . ولكن الوديعة تكون عادة دون أجر ، وحتى لو اشترط فيها الأجر فهو عادة مبلغ زهيد لا يجعل الوديعة من عقود المضاربة ، لذلك يمكن أن يستخلص في يسر أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن تكون مصروفات الرد على المودع ، « إذ يفرض — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي — في الطرفين أنهما قصدا ذلك »[١] ، حتى لا يجتمع على المودَع عنده عبء حفظ الوديعة وعبء تحمل مصروفات ردها[٢] . ومع ذلك يجوز للطرفين أن يتفقا على أن تكون مصروفات الرد على المودَع عنده .

§ ٣ — جزاء الإخلال بالتزام الرد

٣٦٩ — دعوى الاسترداد : وإذا لم يقم المودع عنده بالتزامه من رد الشيء المودع ، كان للمودع أن يسترده بدعوى الوديعة ، وهي دعوى شخصية تنشأ من العقد ، ويطلب فيها المودع استرداد الشيء المودع بعينه هو وملحقاته وثماره[٣] . ويرفع الدعوى على المودع عنده ، أو على ورثته

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٦٠ .

(٣) ويعتبر تقنين الموجبات والعقود اللبناني المودع عنده معذراً بمجرد تأخره دون سبب مشروع عن رد الوديعة بعد أن طلب إليه المودع الرد ، فتقول المادة ٧٠٢/١ من هذا التقنين : « إن الوديع الذي يطلب منه المودع رد الوديعة يعد في حالة التأخر لمجرد تأخير منه لا يبرره سبب مشروع » . وقد أخذت محكمة النقض بهذا المبدأ ، فقضت بأنه إذا بنت المحكمة قضاءها بمسئولية الزوج المطلق عن فقد الأشياء التي تدعيها الزوجة المطلقة على أن هذه الأشياء كانت في ذمته وأنه منعها من استردادها وأهمل إهمالا غير يسير في المحافظة عليها ، فلا تثريب على المحكمة في ذلك ، لأن مسئولية الوديع ناشئة عن التزامه قانوناً برد الوديعة متى طلب منه ذلك ، وعن التزامه بالمحافظة عليها بغير تقصير جسيم . ومادامت المحكمة قد أثبتت في حدود سلطتها الموضوعية حصول المطالبة برد الوديعة وحصول التقصير الجسيم في المحافظة عليها ، ولم تخرج فيما أثبتته من ذلك عما تبينته بحق من أوراق الدعوى وظروفها ، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض . وليس صحيحاً أن مسئولية الوديع لا تنشأ إلا بعد تكليفه رسمياً برد الوديعة ، ذلك لأن مثل هذا التكليف لا محل له لتقرير المسئولية المدنية المترتبة على هلاك الشيء المودع ، فضلا عن أن المطالبة القضائية بالرد تجب كل تكليف رسمي آخر (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤١ ص ٦٣٢) . انظر أيضاً استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٥ .

بعد موته . وإذا تعدد الورثة أو الودعاء ، وكان الشيء المودع في يد أحد منهم ، جاز رفع الدعوى عليه وحده ، إذ هو ملزم بالرد دون حاجة إلى رضاء الآخرين[١] . أما من لم يكن الشيء المودع في يده ، فيجوز رفع دعوى الاسترداد عليه ولكن بمقدار نصيبه[٢] . ولا يكون الورثة أو الودعاء متضامنين في الالتزام بالرد ، إذ أن هذا الالتزام عقدي ولا يوجد نص على التضامن[٣] . وإذا كان الشيء المودع موجوداً في مكان معين ، جاز الحصول على أمر من القاضي لفتح هذا المكان وإخراج الشيء المودع منه وتسليمه إلى المودع[٤] . وتتقادم دعوى الاسترداد الشخصية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت انتهاء الوديعة وحلول الالتزام بالرد[٥] .

وللمودع كذلك ، إذا كان مالكاً ، أن يرفع دعوى الاسترداد العينية وهي دعوى الملكية . وله في سبيل ذلك أن يوقع على الشيء ، إذا كان منقولا ، حجزاً تحفظياً تطبيقاً لأحكام المادة ٦٠٣ مرافعات ، وتقضي بأن « لمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند من يحوزه » . ولا تسقط دعوى الملكية بالتقادم المسقط[٦] ، ولكن يجوز أن تكسب ملكية الشيء المودع إذا انتقل إلى حائز بالتقادم المكسب الطويل أو القصير . أما إذا بقي الشيء في يد المودع عنده أو في يد ورثته ، فالحيازة مشوبة بالغموض ، ومن ثم لا تؤدي إلى كسب الملكية إلا إذا غير الحائز نيته وبين في وضوح أنه يحوز الشيء كمالك . وإذا كان الشيء منقولا وانتقل إلى حائز حسن النية بسبب صحيح ، ملكه هذا بالحيازة .

---

(١) هيك ١١ فقرة ٢٤٧ – جيوار فقرة ٩٧ – بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٢٥ . محمد كامل مرسي فقرة ٣١٦ ص ٤٢٤ .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٤٧ – بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٢٥ ص ٦٠٦ – أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٨ .

(٣) أما في تقنين الموجبات والعقود اللبناني فيوجد نص على التضامن ، إذ تقضي المادة ٧١٦ من هذا التقنين بأنه « إذا وجد جملة ودعاء ، كانوا متضامنين فيما يختص بالموجبات والحقوق الناشئة عن الإيداع ، ما لم يكن هناك نص مخالف » .

(٤) ويقع ذلك عادة إذا كان المودع عنده غائبا ولا يعلم مكانه (بودري وفال في الوديعة فقرة ١١٠٨) .

(٥) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ – محمد علي عرفة ص ٥٠٠ .

(٦) محمد علي عرفة ص ٥٠٠ .

٣٧٠ — دعوى التعويض : وإذا تعذر على المودع استرداد الشيء عينا ، رجع على المودع عنده بالتعويض(١) . والتعويض هنا هو قيمة الشيء المودع وقت الرد(٢) . فإذا زادت القيمة فى أثناء الدعوى ، وجب رد القيمة وقت الحكم حتى يكون التعويض كاملا(٣) . ويقع أن يقوّم الطرفان الشيء وقت الإيداع ، فيعتد بهذه القيمة المتفق عليها(٤) . وإذا كان الشيء المودع من المثليات ، وآثر المودع بدلا من التعويض النقدى أن يسترد مثل الشيء المودع على سبيل التعويض ، كان له ذلك(٥) .

---

(١) ومتى تعذر رد الوديعة عينا ، لم يبق إلا التعويض . فلا يجوز للمودع أن يصر على الاسترداد عيناً تحت طائلة غرامة تهديدية ، إذ أن الرد عينا غير مستطاع . وقد قضى بأنه مع اعتراف المودع عنده يفقد الوديعة لا يكون للمودع حق بأن يطلب رد ماضاع ، وما من وجه شرعى للمحاكم لأن تحكم بذلك الرد وأن تقضى بغرامة يومية على المودع عنده حتى يحصل الرد المذكور ، لأن ذلك أمر بما لا يستطاع وتحكم لا تساعد المبادئ القانونية عليه وإعنات لغير أجل معلوم (مصر الكلية ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٨) .

(٢) هيك ١١ فقرة ٢٤١ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٠٩ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩ . وذهب رأى إلى أنه يعتد بالقيمة وقت الإيداع لا وقت طلب الرد (إكس أول ديسمبر سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢ — ٢ — ٤١ — مارسيليا الابتدائية ١١ نوفبر و١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٩ — ٥ — ١٠) . وذهب رأى آخر إلى أنه يعتد بأكبر القيمتين ، القيمة وقت الطلب والقيمة وقت الإيداع (جيوار فقرة ٧٨ — محمد على عرفة ص ٤٧١) . وتقدير القيمة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٤٥ ملحق المحاماة ، ٢٠٧ رقم ٢٨ ص ٦٨ — نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٩٧ — محمد على عرفة ص ٤٧١) . على أنه إذا باع المودع عنده الشيء المودع ، ثم نقصت قيمته وقت الرد عن الثمن ، وجب على المودع عنده رد الثمن كاملا ولا يكتفى برد القيمة وقت الرد ، لأن الثمن قد حل محل الشيء فهو المقابل له (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ١٩٢٦ — ٢٢٥ — جيوار فقرة ٧٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩) .

(٣) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ — كذلك يجب التعويض عن جميع الأضرار الأخرى التى تلحق المودع من جراء عدم تسلمه الوديعة ، أومن جراء تأخره فى تسلم الوديعة (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٠) .

(٤) السين ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ جازيت دى پاليه ١٩٤٣ — ٢ — ١٦٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٩ — وقد يزاد التعويض على القيمة المقدرة فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم فى جانب المودع عنده (باريس ٢٨ نوفبر سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ — ٢٣ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦) .

(٥) نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٩٤٨ جازيت دى پاليه ١٩٤٨ — ٢ — ١٧٩ — ليون ٤ يونيه سنة ١٩٤٥ جازيت دى پاليه ١٩٤٥ — ٢ — ٧٥ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

وقد يكون الشيء المودع نقوداً ترد بعينها فى وديعة غير ناقصة ، فالتعويض هنا يكون مثل هذه النقود فى القيمة مع الفوائد القانونية من وقت الإعذار لا من وقت المطالبة القضائية لأن النقود هنا أصبحت عينا معينة[1] . وإذا استعمل المودع عنده النقود لمصلحته ، وجبت عليه الفوائد القانونية من يوم الاستعمال وذلك على سبيل التعويض[2] .

٣٧١ — الدعوى الجنائية : وإلى جانب المسئولية المدنية على النحو الذى قدمناه ، يكون المودع عنده مسئولا مسئولية جنائية إذا هو تصرف فى الشيء المودع ، ولم يرده لصاحبه .

ومسئوليته هذه على وجهين . فهو قد أضر أولا بالمودع عنده بتبديده الشيء المودع ، ومن ثم يكون مرتكباً لجريمة التبديد . وقد نصت المادة ٣٤١ من تقنين العقوبات على أن « كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة ، أو بضائع أونقوداً أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أوغير ذلك إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦٥ فى الهامش — وانظر بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٠٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٥٩ — استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٧ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٥ — وكان التقنين المدنى المختلط صريحاً فى هذا المعنى ، إذ كانت المادة ٦٠٢ منه تنص على أنه « يجب فى جميع الأحوال على حافظ الوديعة أو حارسها أن يرد أيضاً محصولها ونتائجها ، وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبته بردها مطالبة رسمية عند وجوب الرد ، أو من وقت استعماله الوديعة لمنفعة نفسه » . انظر أيضاً فى هذا المعنى محمد كامل مرسى فقرة ٣١٧ ص ٤٢٦ — محمد على عرفة ص ٤٧٤ . وإذا كانت الوكالة قد ورد فيها نص صريح فى هذا المعنى (م٧٠٦ مدنى) ، وكذلك الشركة (م٥٢٢ مدنى) ، ولم يرد مثل هذا النص فى الوديعة . فلا يمكن أن يؤخذ من ذلك أكثر من أن الوديعة قد تركت للقواعد العامة . وهذه القواعد تقضى بأن المودع عنده إذا استعمل الوديعة لمصلحة نفسه يكون قد خالف التزامه بعدم استعمال الوديعة ، ووجب عليه التعويض ، ولاشك فى أن الفوائد القانونية هى خير معيار للتعويض فى هذه الحالة — انظر عكس ذلك : لوران ٢٧ فقرة ١١٢ — هيك ١١ فقرة ٢٤٣ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١١ .

وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا قامر المودع عنده أو راهن بالوديعة فكسب ، وجب رد المكسب إلى المودع (پون ١ فقرة ٤٦٩ — عكس ذلك جيوار فقرة ٧٥ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١١٢) . والصحيح فى رأينا أنه لا يرد المكسب إذ لا يجوز اعتباره ثمارا مدنية للوديعة ، ولكنه يرد المبلغ المودع مع فوائده القانونية .

وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة . . يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه » . ويلاحظ أن المودَع عنده إذا باع الوديعة وقبض ثمنها ، فعوقب بعقوبة التبديد ، ورجع عليه المودع بالتعويض ، لم يكن لهذا الأخير حق امتياز على الثمن الذى قبضه المودع عنده أو على حقه فى الثمن فى ذمة المشترى إذا كان لم يقبضه ، بل يشارك فيه سائر دائنى المودع عنده مشاركة الغرماء[1] .

والمودَع عنده أضر من وجه آخر بالشخص الذى تصرف إليه فى الشىء ، فهو قد تصرف فيما لا يملكه ، ويكون بذلك مرتكبا لجريمة النصب . وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات على أن « يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أى متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما . . وإما بالتصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه .. » .

الفرع الثانى

التزامات المودع

٣٧٢ — التزامات ثلاثة : يلتزم المودع بدفع الأجر إذا كان مشترطاً ، وبرد المصروفات التى أنفقها المودع عنده فى حفظ الوديعة ، وبتعويض المودع عنده عن كل مالحقه من خسارة بسبب الوديعة .

وهذه هى ، كما رأينا[2] ، نفس التزامات الموكل .

المبحث الأول

دفع الأجر

٣٧٣ — نص قانونى : تنص المادة ٧٢٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) نقض مدنى ٢٣ أغسطس سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ١ — ٣٦٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٧٧ ص ٥١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

« الأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر ، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك»[١].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادتين ٤٨٢/٥٩٠ و٤٨٣/٥٩١ [٢] :

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٠ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٤ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٦٨ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٦٩٠/٢[٣] .

ويستخلص من النص المتقدم الذكر أنه يجب التمييز فى الوديعة ، كما ميزنا فى الوكالة ، بين فرضين : (الفرض الأول) أنه لا يوجد اتفاق على الأجر بين المودع والمودع عنده . (والفرض الثانى) أن هذا الاتفاق موجود .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٠٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – إذا كانت الوديعة بأجر ، وجب على المودع أن يؤدى الأجر فى الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . فإذا كان الأجر مقسطاً على فترات من الزمن ، استحق الأجر عن كل فترة فى نهايتها . ٢ – أما إذا لم يعين أجر فى العقد ، اعتبرت الوديعة أنها دون أجر» . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٧ – ص ٢٥٨) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٤٨٢/٥٩٠ : الإيداع عقد به يسلم إنسان منقولا لإنسان آخر يتعهد بحفظه بدون اشتراط أجرة كما يحفظ أموال نفسه ، ويرده بعينه عند أول طلب يحصل من المودع .

م ٤٨٣/٥٩١ : إذا اشترطت الأجرة للمودع عنده ، تتبع فى العقد القواعد المتعلقة باستئجار الصناع .

(وأحكام التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بالأجر تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ويجعل التقنين المدنى القديم الوديعة المأجورة فى حكم المقاولة) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٦٨ : ليس للوديع أن يأخذ أجرة على حفظ الوديعة ، ما لم يشترط ذلك فى العقد . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٩٠/٢ : ولا يحق للوديع أجر ما على حفظ الوديعة ، إلا إذا اتفق الفريقان على العكس . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

٣٧٤ – لا يوجد اتفاق على الأجر : جاء فى صدر المادة ٧٢٤ مدنى سالفة الذكر : « الأصل فى الوديعة أن تكون بغير أجر » . فإذا لم يوجد بين المودع والمودع عنده اتفاق على الأجر ، كانت الوديعة غير مأجورة ، وكان المودَع عنده متبرعاً . ولا تكون الوديعة فى هذه الحالة قد خرجت فحسب من نطاق عقود المضاربة ، بل تكون أيضاً قد دخلت فى نطاق عقود التبرع . فالوديعة حتى لو كانت بأجر ليست من عقود المضاربة كما قدمنا[1] ، ولكنها قد تكون من عقود المعاوضة إذا اشترط فيها الأجر ، فإذا لم يشترط كانت من عقود التبرع .

٣٧٥ — يوجد اتفاق على الأجر : ويخلص مما تقدم أن المودع عنده لا يأخذ أجراً إلا إذا وجد اتفاق على ذلك[2] . وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً ، كما يكون ضمنياً . ويستخلص الاتفاق الضمنى على الأجر عادة من حرفة المودَع عنده ، فالإيداع فى المخازن العامة وفى مخازن الاستيداع بالجمارك وفى محطات السكك الحديدية وفى الجراجات العامة يفرض فيه أن يكون بأجر[3] . وإذا لم يعين مقدار الأجر ، ترك تعيينه للعرف أو لتقدير القاضى . ولايجوز تعديل الأجر المتفق عليه لا بالنقص ولابالزيادة ، وفى هذا تختلف الوديعة المأجورة عن الوكالة المأجورة[4] . وتتميز الوديعة المأجورة عن المقاولة فى أمرين[5] : (أولا) فى أن الوديعة حتى لو كانت مأجورة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٤٤ .

(٢) والملزم بدفع الأجر هو المودع ولو لم يكن مالكاً ، ولا يلتزم به المالك إذا لم يكن هو المودع لأنه ليس طرفاً فى عقد المقاولة وهو العقد الذى أنشأ الالتزام بدفع الأجر (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٧٣ – محمد على عرفة ص ٤٩٦) .

(٣) پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ – محمد على عرفة ص ٤٩٥ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف التجارى يجعل للتاجر الحق فى الأجر على ما يتسلمه من البضائع على سبيل الوديعة (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٨ .

(٥) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الوديعة المأجورة تكون مقاولة إذا كان الأجر مجزياً يتكافأ مع الجهد الذى بذله المودع عنده فى حفظ الوديعة ، أما إذا كان الأجر زهيداً فتبقى الوديعة المأجورة عقد وديعة . وبحسب هذا الرأى يكون الإيداع فى المخازن العامة أو عند من يحترف مهنة الاستيداع عقد مقاولة لا عقد وديعة (پون ١ فقرة ٣٧٧ – بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٨ – فقرة ١١٧٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩) . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الوديعة المأجورة =

ليست فى الأصل من عقود المضاربة ، ولايبغى المودع عنده من ورائها الكسب ، إلا إذا كان يحترف مهنة الاستيداع (١) . أما المقاولة فهى من عقود المضاربة ، ويبغى المقاول الكسب من ورائها . (ثانيا) فى أن الغرض الأساسى من الوديعة هو حفظ الشيء والحفظ هو الالتزام الجوهرى فيها كما سبق القول(٢) ، أما المقاولة فقد لا تقع على الحفظ أصلا ، وإن وقعت فالحفظ فيها يكون أمراً ثانوياً غير مقصود لذاته(٣) .

ووقت الدفع هو الوقت الذى يتفق عليه المتعاقدان ، ويدفع جملة واحدة أوعلى أقساط فى مواعيد معينة ، فإذا لم يتفق على وقت كان الأجر مستحقاً فى الوقت الذى يعينه العرف . فإن لم يوجد عرف ، كان الدفع فى الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة (م٧٢٤ مدنى) . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد ، استحق المودع عنده من الأجر بنسبة المدة التى بقى فيها الشيء فى حفظه ، ما لم يتفق على غير ذلك . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « الأصل فى الوديعة أن تكون دون أجر ، إلا إذا نص فى العقد على أجر فيكون واجباً . وفى هذه الحالة إما أن يكون الأجر واجب الأداء دفعة واحدة ، فيصير مستحقاً فى الوقت الذى ينتهى فيه حفظ

= تكون مقاولة ، أياً كان مقدار الأجرة ولو كان زهيداً (ديرانتون ١٨ فقرة ٢٠ – ترولون فقرة ١١ وما بعدها – ديفرچييه فقرة ٤٠٩ – لوران ٢٧ فقرة ٧٧ – جيوار فقرة ١٦ وفقرة ١٧ وفقرة ٥٥ – هيك ١١ فقرة ٢٣١ – وانظر م ٤٨٣/٥٩١ من التقنين المدنى القديم . ويذهب رأى ثالث إلى أن الوديعة المأجورة هى عقد قائم بذاته تمكن تسميته بعقد الحفظ (contrat de garde) (تنك فى عقد الحفظ رسالة من باريس سنة ١٩٤١ – وقارن أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ١٢) . والصحيح أن الوديعة المأجورة تبقى وديعة ولو كان الأجر فيها غير زهيد ، وأن الوديعة كالوكالة قد تطورت فى العصر الحديث فغلب عليها الأجر بعد أن كان يغلب عليها التبرع (چوسران ٢ فقرة ١٣٦٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٣٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٣٤ – وإذا تعدد المدعون ، فلا تضامن بينهم فى الالتزام بدفع الأجر إلا إذا اشترط ، لأن الالتزام عقدى ولا يوجد نص على التضامن . ولكن للمودع عنده حبس الوديعة حتى يستوفى الأجر ، طبقاً للقواعد العامة فى الحبس ولأحكام الدفع بعدم تنفيذ العقد (هيك ١١ فقرة ٢٣٢ – جيوار فقرة ١٧١ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٧٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٣ ص٥٢٤) .

الوديعة ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك . وإما أن يكون مقسطاً على فترات من الزمن ، فيستحق الأجر عن كل فترة فى نهايتها . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد له وكان هناك أجر متفق عليه ، فإن تطبيق القواعد العامة يبيح للوديع أن يطالب من الأجر المتفق عليه بنسبة ما وفاه هو من التزامه بحفظ الشىء ؛ غير أنه إذا ظهر أن الطرفين قصدا غير ذلك فقصدهما أولى بالاتباع : انظر فى هذا المعنى المادة ٢/٦٩٩ من التقنين الألمانى »[1] .

ويكون مكان الدفع ، طبقاً لما تقضى به القواعد العامة ، فى الجهة التى يتفق عليها المتعاقدان ، فإن لم يوجد اتفاق فالعرف . فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، كان الدفع فى موطن المدين أى المودع ، أو فى الجهة التى فيها مقر أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال .

المبحث الثانى

رد المصروفات

٣٧٦ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه فى حفظ الشىء .. »[2]

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم العبارة الأولى من المادة ٤٨٨ فقرة أولى/٤٩٦[3] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٠ — ص ٢٦١ — وانظر م ١٠٠٥ من المشروع التمهيدى آنفاً فقرة ٣٧٣ فى الهامش .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى العبارة الأولى من المادة ١٠٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ — ص ٢٦٤) .

(٣) التقنين المدنى القديم م ٤٨٨ فقرة أولى/٥٩٦ : وعلى المودع أن يؤدى لحافظ الوديعة المصاريف المنصرفة منه لحفظها . .

(وحكم التقنين المدنى القديم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

المادة ٦٩١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٦٦ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧١٧[١].

٣٧٧ — أنواع المصروفات التى يجب ردها : ويخلص من النص المتقدم الذكر أن المودع يلتزم برد ما أنفقه المودع عنده من المصروفات فى حفظ الشىء . ويجب أن تفهم عبارة « حفظ الشىء » هنا على أنها تشمل حفظ الشىء من الهلاك إذا تعرض لخطر ، وكذلك الحفظ العادى للشىء إذا اقتضى هذا الحفظ مصروفات ما . فإذا أودع شخص عند آخر بضائع أو منقولات أخرى تقتضى حفظها فى مكان أمين وإقامة حارس عليها ، فإن ما ينفقه المودع عنده على هذه المنقولات لحفظها من الهلاك كرشها بمبيدات الحشرات وتنقيتها حتى لا تتلف وكأقساط التأمين التى يدفعها للشركة لتأمينها من الحريق والسرقة ، وما ينفقه فى حفظ المنقولات الحفظ العادى كأجرة المكان وأجر الحارس ، كل هذا يرجع به المودع عنده على المودع . كذلك يرجع بمصروفات الصيانة المعتادة ، كعلف الحيوان وتشحيم السيارة وتزييتها وتعهد الشىء المودع بالتنظيف المعتاد ونحو ذلك . أما المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية ، فلا يرجع بها إلا بموجب القواعد العامة ، وليس الالتزام بردها ناشئاً من عقد الوديعة ، بل هو ناشئ من فعل الإنفاق[٢] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩١ (مطابق) .

التنقين المدنى الليبى م ٧٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٦٦ : الوديعة التى تحتاج إلى نفقة ومؤونة تكون مصاريفها على صاحبها . فإن كان غائباً وكانت مما يستأجر ، فللوديع أن يؤجرها بإذن المحكمة وينفق عليها من أجرتها . وإن كانت مما لا يستأجر ، فله بعد إذن المحكمة إما أن ينفق عليها من ماله ويرجع على المودع ، وإما أن يبيعها وفقاً للإجراءات التى تقررها المحكمة ويحفظ ثمنها عنده .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١٧ : على المودع أن يدفع إلى الوديع نفقات حفظ الوديعة . . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٦٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨٠ هامش ١ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٣ — محمد على عرفة ص ٤٩٣ — ص ٤٩٤ .

وهذا بخلاف مصروفات الحفظ ومصروفات الصيانة على النحو الذى قدمناه ، فإن الالتزام بردها ينشأ من عقد الوديعة ذاته ، إذ النص (م ٧٢٥ مدنى) صريح فى جعل المودع يلتزم برد هذه المصروفات باعتبار أنه مودع أى بموجب عقد الوديعة[١] . ويترتب على ذلك أن الذى يلتزم برد المصروفات هو المودع ولو لم يكن مالكاً ، أما المالك فلا يلتزم بها إلا بموجب القواعد العامة ، أى بموجب فعل الإنفاق لا عقد الوديعة[٢] . ويترتب على ذلك أيضاً أن الوديعة تكون عقداً ملزماً للجانبين إذا أنشأت التزاماً برد المصروفات أو أنشأت أى التزام آخر فى جانب المودع . وقد قدمنا مثل ذلك فى عقد العارية ، وقررنا أن التزام المعير برد المصروفات ينشأ من عقد العارية ذاته[٣] .

ولا تجب الفوائد على المصروفات التى يلتزم المودع بردها إلا من وقت المطالبة القضائية بها طبقاً للقواعد العامة[٤] . وهذا بخلاف الوكالة ، فإن الموكل يدفع الفوائد على المصروفات التى ينفقها الوكيل من وقت الإنفاق ، وذلك بموجب نص خاص ليس له مقابل فى الوديعة[٥] .

كذلك إذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين[٦] ، بخلاف الموكلين

---

(١) ومع ذلك قد ورد فى المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « ويقع أحياناً أن ينفق الوديع مصروفات لازمة لحفظ الشىء المودع لديه ، فيجب على المودع طبقاً للقواعد العامة أن يرد إليه هذه المصروفات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦١) .

(٢) ولذلك إذا رد المودع عنده الوديعة للمالك لا للمودع ، جاز له أن يطالبه برد المصروفات ، ولكن لا على أساس عقد الوديعة فالمالك لم يكن طرفاً فيها . بل على أساس واقعة الإنفاق (جيوار فقرة ٣١ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٦ - محمد على عرفة ص ٤٩٦) .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ٨٤٦ - ويجوز أن يتفق فى عقد الوديعة على أن يدفع المودع عنده مصروفات حزم البضاعة وتصديرها والضريبة الجمركية ، على أن يرجع بكل ذلك على المودع (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٩) .

(٤) لوران ٢٧ فقرة ١٢٩ - بون ١ فقرة ٥٠٩ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٤ ص ٦٢٣ - محمد على عرفة ص ٤٩٤ - وقرب بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٣ - وهناك رأى يذهب إلى استحقاق الفوائد من وقت الإنذار قياساً على الوكالة (هيك ١١ فقرة ٢٥١ - جيوار فقرة ١١٠ وفقرة ١١٣) . ولكن النص الوارد فى الوكالة نص استثنائى لا يجوز القياس عليه (بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٦٤ ص ٦٢٤).

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٦) هيك ١١ فقرة ٢٣٢ - جيوار فقرة ١٧١ - بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١١٧٤ - بلانيول وريبير وساقاتييه ١١ فقرة ١١٨٤ ص ٥٢٤ - محمد على عرفة ص ٤٩٩ .

المتعددين فإنهم متضامنون بموجب نص خاص[١] ليس له هنا أيضاً مقابل . ولكن يضمن رجوع المودع عنده بالمصروفات حق الحبس ، بموجب القواعد العامة فى حق الحبس وفى مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد[٢] . وإذا كانت المصروفات ضرورية لحفظ الشيء من الهلاك ولترميمه ، كان لها حق امتياز على الشيء المودَع وفقاً لأحكام المادة ١١٤٠ مدنى .

المبحث الثالث

التعويض عن الضرر

٣٧٨ — *نص قانونى* : تنص العبارة الأخيرة من المادة ٧٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« وعليه (المودع) أن يعوضه (المودع عنده) عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة[٣] » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم العبارة الأخيرة من المادة ٤٨٨ فقرة أولى/٥٩٦[٤] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٢) ويحتج بحق الحبس لا قبل المودع وحده ، بل أيضاً قبل المالك والمشترى من المالك ودائنى المودع (بون ١ فقرة ٥١١ — جيوار فقرة ٣١ وفقرة ١١٥ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨١ — محمد على عرفة ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٧٦ : ولكنهما لا يجعلان حق الحبس نافذاً فى حق المالك انظر فقرة ١١٧٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى العبارة الأخيرة من المادة ١٠٠٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وعليه (المودع) أن يعوضه (المودع عنده) عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، إلا إذا لم يعلم السبب الذى كان من شأنه أن تنتج عنه الخسارة ، أو لم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه هذا دون إخطار » . فحذفت فى لجنة المراجعة آخر عبارة فى النص اكتفاء بالقواعد العامة ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ — ص ٢٦٤) .

(٤) التقنين المدنى القديم م ٤٨٨ فقرة أولى/٥٩٦ : ويعطيه (المودع عنده) بدل الخسارات التى نشأت له عنها (الوديعة) . (وحكم التقنين المدنى القديم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخري : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩١ — وفى التقنين المدنى الليبي المادة ٧٢٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٦٧ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧١٧[1] .

٣٧٩ — تعويض ما يصيب المودع عنده من الضرر بسبب الوديعة : ويخلص من النص المتقدم الذكر أن المودع يلتزم بتعويض المودع عنده عما يصيبه من الضرر بسبب الوديعة ، والالتزام هنا مصدره عقد الوديعة . فإذا كان فى الشيء المودع عيب خفى — كمرض معد فى الحيوان انتقل بالعدوى إلى حيوانات المودع عنده — وجب على المودع أن يخطر به المودع عنده حتى يتخذ هذا الاحتياطات اللازمة لمنع العدوى ، وإلا كان مسئولا عن تعويض المودَع عنده . فإذا لم يقصر المودع فى ذلك وأخطر المودَع عنده بالمرض ، أو كان هذا عالماً به دون إخطار ، فإنه لا يكون مسئولا[2] . وقد تستحق

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٦٧ : ١ — إذا استحقت الوديعة وضمنها الوديع ، فله الرجوع بما ضمنه على صاحبها . ٢ — وعلى المودع بوجه عام أن يعوض الوديع عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة إذا كانت هذه الخسارة ناجمة عن فعل المودع .

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١٧ : على المودع . . أن يعوضه (المودع عنده) من الخسائر التى أصابته بسبب الإيداع .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) ولكن المودع يكون مسئولا حتى لو كان لم يعلم بالعيب ، ولم يعلم به المودع عنده حتى يتمكن من اتخاذ الاحتياطات اللازمة (هيك ١١ فقرة ٢٥١ — بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١١٦٧ — محمد على عرفة ص ٤٩٤ — ص ٤٩٥) . وانظر عكس ذلك المشروع التمهيدى وكان ينتهى بالعبارة الآتية : « إلا إذا لم يعلم (المودع) السبب الذى كان من شأنه أن تنتج عنه الخسارة أو لم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه هذا دون إخطار » . فحذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ وص ٢٦٣ وانظر آنفاً فقرة ٣٨٧ فى الهامش) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وكذلك قد يحدث أن الشيء المودع قد يتسبب فى إلحاق خسارة بالوديع ، كما إذا كان به عيب مما ينتقل بالعدوى إلى أموال الوديع . فى هذه الحالة يكون المودع مسئولا عن تعويض ما يصيب الوديع من ضرر بسبب ذلك ، ما دام لم ينبه الوديع إلى وجود هذا العيب ، إلا إذا كان هو لم يعلم بوجود ذلك العيب ولم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك ، إذ لا يكون حينذاك مقصراً فى عدم تنبيه الوديع ، أو كان الوديع قد علم بوجود =

الوديعة فى يد المودع عنده ، فما لم يتقدم المودع لتلقى دعوى الاستحقاق بنفسه فى الوقت المناسب ، فإن ما يصيب المودع عنده من خسائر ومصروفات بسبب دعوى الاستحقاق يرجع به على المودع[١] . وليس المودع عنده ملزماً ، كما ألزم المستعير (م ٢/٦٤١ مدنى) ، بأن يتحاشى هلاك الشيء المودع باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو بأن يختار إنقاذ الشيء المودع بدلا من إنقاذ ملكه[٢] . ولكنه إذا فعل ذلك ، جاز له الرجوع بما تحمله من الخسارة لإنقاذ الشيء المودع ، بشرط ألا يزيد ما يتقاضاه عن قيمة الشيء المودع[٣] .

ولا تجب الفوائد على التعويض إلا من وقت المطالبة القضائية بها ، وإذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين فى التزامهم بالتعويض ، ويضمن الرجوع بالتعويض حق الحبس[٤] ، وقد تقدم مثل ذلك الالتزام برد المصروفات[٥] .

= العيب دون أن يخطره المودع به إذ لا يكون تقصير الوديع فى التنبيه هو السبب المباشر فى وقوع الضرر ، وإنما سببه المباشر هو عدم احتياط الوديع لتفادى حدوث الضرر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦١) . وبحذف العبارة المشار إليها ، أصبح واجباً الرجوع إلى القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن يكون المودع مسئولا عما يحدث من الضرر حتى لو كان لا يعلم العيب الخفى (انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ص ٤٩٥ هامش ١) .

(١) انظر م ٩٦٧ مدنى عراقى آنفاً فقرة ٣٧٨ فى الهامش .

(٢) قارن بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٦٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٥٦ فى الهامش – بودرى وقال فى الوديعة فقرة ١٠٦٩ – فقرة ١٠٧٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٤ ص ١٨٠ هامش ٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dèpôt فقرة ٢٢٩ – والملزم بالتعويض هو المودع ولو لم يكن مالكاً ، أما المالك فغير ملزم إذا لم يكن طرفاً فى عقد الوديعة (محمد على عرفة ص ٤٩٦) .

(٤) وقد ورد نص خاص فى حق الحبس فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ، إذ نصت المادة ٧١٨ من هذا التقنين على أن « للوديع أن يحبس الوديعة ، إلى أن يستوفى كل ما وجب له بسبب الإيداع » . واكتفى التقنين المدنى المصرى بتطبيق القواعد العامة فى هذا الصدد ، فلم يورد نصاً خاصاً . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ، « وقد ورد فى التقنين الحالى (القديم) نص المادة ٤٨٨ فقرة ثانية/٥٩٧ مقرراً للوديع الحق فى حبس الوديعة لاستيفاء ما هو مستحق له من مصروفات وتعويضات . وكان من الواجب إيراد هذا النص فى المشروع ، لولا أنه نص على الحق فى الحبس بصفة مبدئية فى المادة ١/٣٣١ ، وطبقه بصفة عامة أيضاً على من يحوز شيئاً مملوكاً لغيره وينفق عليه مصروفات لازمة أو نافعة . فكان فى هذا النص العام غنى عن تكرار تطبيقه بمناسبة كل عقد على حدة » (مجموعة الأحكام التحضيرية ٥ ص ٢٩١ – ص ٢٦٢ – وقد أشارت المذكرة الإيضاحية بعد ذلك إلى وجوب حذف النصوص الخاصة بالحبس فى العاوية والوكالة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٢) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٧٧ .

الفصل الثالث

انتهاء الوديعة

٣٨٠ — **نصوص محذوفة** : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يشتمل على نصوص فى انتهاء الوديعة ، حذفت كلها فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ مدنى (م ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى) .

فكانت المادة ١٠٠٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتى : « ١ — تنتهى الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه . ٢ — فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً ، حدد القاضى أجلا تنتهى فيه الوديعة ، ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التى يتقادم بها الالتزام برد الوديعة » .

وكانت المادة ١٠٠٨ تنص على ما يأتى : « يجوز للمودع فى كل وقت أن يطلب رد الوديعة ، إلا أن يكون أجل الوديعة محدداً فى مصلحة الوديع أو يكون هذا مأذوناً فى استعمال الوديعة » .

وكانت المادة ١٠٠٩ تنص على ما يأتى : « إذا كانت الوديعة دون أجر ، وتعذر على الوديع أن يستمر حافظاً للوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، جاز له أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه . ٢ — ويجوز له ذلك أيضاً إذا اتضح من العقد أن تحديد الأجل كان لمصلحته هو » .

وكانت المادة ١٠١٠ تنص على ما يأتى : « تنتهى الوديعة بموت الوديع ، ويبقى فى تركته ما نشأ عنها من التزامات ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »[1] .

---

(١) انظر فى هذه النصوص مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٥٩ — ص ٢٦٢ فى الهامش.

ويقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى القديم م ٤٨٤/٩٢ه : ولا يجوز لحافظ الوديعة أن يلزم مودعها بأخذها قبل الميعاد المتفق عليه .

ويقابلها فى التقنين المدنى العراقى : م٩٦٩ : ١ — للمودع فى كل وقت أن يطلب رد الوديعة مع مع زوائدها ، كما أن للوديع أن يطلب ردها متى شاء . ٢ — وإذا كان الإيداع بأجرة ، فليس للوديع أن يردها قبل الأجل المعين إلا إذا كان له عذر مشروع . ولكن للمودع أن يطلب ردها متى شاء ، على أن يدفع الأجرة المتفق عليها . ٣ — ويلزم أن يكون طلب الرد فى وقت مناسب ، وأن تمنح المهلة الكافية للوديع .

=

وقد رأينا أن المادة ٧٢٢ مدنى التى اكتنى بها عن هذه النصوص المحذوفة تنص على ما يأتى : « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » .

ويخلص من جميع هذه النصوص ، المحذوف منها وغير المحذوف ، أن الوديعة تنتهى بالأسباب الآتية : (١) انقضاء الأجل . (٢) رجوع أحد المتعاقدين عنها قبل انقضاء الأجل . (٣) موت المودع عنده .

٣٨١ — انقضاء الأجل : قد يتفق المتعاقدان على أجل للوديعة ، صراحة أو ضمناً ، فتنتهى الوديعة بانقضاء هذا الأجل . وإذا لم يتفق على أجل ، « وجب — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — وضع حد لها بالالتجاء إلى القاضى لتعيين أجل تنتهى فيه الوديعة . ونظراً لكثرة ما قام من نزاعات بشأن تقادم الوديعة وما يعتبر مبدأ لهذا التقادم ، نص المشروع على أن التقادم يبدأ من وقت حلول الأجل المعين لرد الوديعة[1] » .

٣٨٢ — رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل : « والأصل — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — أن الأجل

= م ٩٧٠ : ١ — إذا مات الوديع ، ووجدت الوديعة عيناً فى تركته ، فهى أمانة فى يد الوارث . ٢ — وإن مات الوديع مجهلا حال الوديعة ولم توجد فى تركته ولم تعرفها الورثة ، تكون ديناً واجباً أداؤه من تركته ، ويشارك المودع سائر غرماء الوديع .

ويقابلها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى :

م ٧٠١ : لا يجوز للوديع أن يجبر المودع على استرداد وديعته قبل الأجل المتفق عليه إلا لسبب مشروع — وإنما يجب عليه أن يرد الوديعة حينما يطلبها المودع ، وإن يكن الموعد المضروب لردها لم يحل بعد .

م ٧٠٣ : إذا لم يضرب موعد للرد ، فللوديع أن يرد الوديعة فى أى وقت شاء بشرط ألا يردها فى وقت غير مناسب ، وأن يمنح المودع مهلة كافية للاسترداد أو لإعداد ما تقتضيه الظروف .

وقارن أسباب انتهاء الوديعة فى القانون الفرنسى : بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١١٥٠ — فقرة ١١٥٨ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٣ ص ١٧٨ — ص ١٧٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ فى الهامش .

فى الوديعة معين لمصلحة المودع ، فيجوز له أن ينزل عن حقه ، وأن يطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل »[١] . ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن يرجع المودَع عنده فى الوديعة بإرادته المنفردة ، والذى يجوز له الرجوع هو المودع وحده .

وإنما يجوز للمودع عنده أن يرجع فى الوديعة بإرادته المنفردة فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان « مأذوناً فى استعمال الوديعة ، أو كان الأجل بوجه عام معيناً فى مصلحة الوديع »[٢] . ففى هذه الحالة يجوز للمودع عنده وحده ، دون المودع ، أن يرجع فى الوديعة بإرادته المنفردة » . ويشترط ألا يستعمل الوديع هذا الحق فى وقت غير ملائم للمودع »[٣] . (٢) إذا كانت الوديعة فى مصلحة المودع ، ولكن « طرأت على الوديع أسباب مشروعة يتعذر عليه معها أن يستمر حافظاً للوديعة ، بشرط أن تكون الوديعة بدون أجر ، إذ يكون الوديع فى هذه الحالة متبرعاً ولا يصح أن يضار بتبرعه »[٤] . وفى هذه الحالة يجوز للمودع عنده أن يرجع فى الوديعة بإرادته المنفردة بمجرد طروء هذه الأسباب المشروعة ، كما يجوز للمودع أن يرجع بإرادته المنفردة فى أى وقت لأن الأجل فى مصلحته هو .

٣٨٣ — موت المودع عنده : « ولأن الوديعة — كما تقول المذكرة الإيضاحية — يلحظ فيها شخص الوديع ، إذ يكون محل ثقة المودع ، وجب أن ينحل العقد بموت الوديع ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ومتى انحل العقد ، استقرت فى تركة الوديع الالتزامات التى ترتبت عليه إلى وقت انحلاله ، فتبقى التركة مثقلة بها ، بما فى ذلك الالتزام برد الوديعة»[٥] . والمفروض هنا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ فى الهامش .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ فى الهامش .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ فى الهامش .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٣ فى الهامش – انظر عكس ذلك وأن الوديعة لا تنتهى بموت أى من المتعاقدين محمد على عرفة ص ٥٠١ . ونرى أن النص المحذوف الذى كان يقضى بانتهاء الوديعة بموت المودع عنده ليس إلا تطبيقاً للإرادة المفترضة للمتعاقدين ، ما لم يثبت العكس . فيصح إعمال النص بالرغم من حذفه .

أن الوديعة فى مصلحة المودع عنده ، إذ لو كانت فى مصلحة المودع لجاز له الرجوع فيها فى أي وقت ، قبل موت المودع عنده أو بعد موته . وإذا مات المودع وكانت الوديعة فى مصلحته ، جاز لورثته الرجوع فى الوديعة فى أى وقت ، لا لموت المودع ، بل لأن المودع كان يستطيع الرجوع فى الوديعة لو كان حياً إذ الوديعة فى مصلحته ، فينتقل هذا الحق إلى ورثته . أما إذا كانت الوديعة فى مصلحة المودَع عنده ومات المودع ، فإن الوديعة لا تنتهى بموته ، بل يبقى المودَع عنده حافظاً للوديعة إلى أن ينقضى أجلها إذ هى لمصلحته ، ولكن يجوز له هو دون ورثة المودع الرجوع فى الوديعة بإرادته المنفردة مادامت لمصلحته .

الفصل الرابع

بعض أنواع الوديعة

الفرع الأول

الوديعة الناقصة

(Dépôt irrégulier)

٣٨٤ — نص قانونى : تنص المادة ٧٢٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شىء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودَع عنده مأذوناً له فى استعماله ، اعتبر العقد قرضاً »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ويبدو أن القضاء فى عهد هذا التقنين كان يتجه إلى الأخذ بالحكم الوارد فى النص[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شىء آخر مما يهلك بالاستعمال وكان الوديع مأذوناً فى استعماله ، اعتبر العقد قرضاً ، ما لم يقض العرف بغير ذلك . ٢ — ويفترض حصول الإذن فى استعمال الشىء إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية والعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وذكر فى اللجنة « أن هذا الفرض يختلف عن فرض إيداع النقود دون فائدة ودون الإذن باستعمالها » ، وصار رقم النص ٧٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٥ — ص ٢٦٨) .

(٢) فقد قضت محكمة النقض بأن تسليم قطن محلج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عيناً لا يعتبر وديعة ، فإذا تصرف صاحب المحلج فى القطن بغير إذن صاحبه لا يعتبر ذلك تبديداً (نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨) .

وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٧٤ ص ٩١٢ — المنصورة الكلية الوطنية ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٠٧ ص ١٤٤٨ — الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٥ — انظر أيضاً محمد على عرفة ص ٥٠٤ .

المادة ٦٩٢ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٦ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٧١ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٦٩١[(١)] .

ويخلص من هذا النص أنه إذا كان محل الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شىء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وأذن المودع للمودع عنده فى استعمال هذا الشىء ، فلا مناص من أن يستهلك المودع عنده الشىء بالاستعمال ، ومن ثم لا يستطيع أن يرد الشىء بعينه كما هو الأمر فى الوديعة ، ويتعين أن يرد مثل الشىء كما هو الأمر فى القرض . ولذلك خرج المشرع بهذا النوع من الوديعة – وتسمى الوديعة الناقصة[(٢)] – عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضاً[(٣)] .

٣٨٥ – صور عملية للوديعة الناقصة : وأكثر ما ترد الوديعة الناقصة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٧٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٧١ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٦٩١ : إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أشياء من المثليات ، وأذن للوديع فى استعمالها ، عد العقد بمثابة عارية استهلاك .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) واسمها بالفرنسية déôt irrégulier ، ولذلك أطلق عليها بعض الفقهاء « الوديعة الشاذة » (محمد على عرفة ص ٥٠٢) .

(٣) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لما كان المفروض فى الوديعة أن يحفظها الوديع ويردها عينا ، فإذا رخص له فى استعمالها ، وجب ألا تكون مما لا يهلك لأول استعمال ، وإلا تعذر بهذا الاستعمال ردها بعينها ، ولزم رد مثلها . وفى هذه الحالة يكون العقد أقرب إلى القرض منه إلى الوديعة . وهذا هو شأن وديعة النقود وكل شىء آخر مما يهلك بالاستعمال ، فقد نصت المادة ١٠١١ (م ٧٢٦ مدنى) على أن العقد يعتبر فى هذه الحالة قرضاً .. وهى منقولة عن المادة ٦٤٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، مع تعديل بسيط ينحصر فى أن هذا المشروع يشترط لذلك ، إلى جانب الإذن بالاستعمال ، أن يكون الشىء مما يهلك لأول استعمال ، فى حين أن المشروع الفرنسى الإيطالى يتطلب فيما يتعلق بالشرط الأخير أن يكون الشىء من المثليات . وقد أدخل هذا التعديل لأن السبب فى تغيير حكم العقد هو أن الإذن باستعمال الشىء الذى يهلك بالاستعمال كالنقود والحبوب وغيرها لا يمكن معه رده بعينه (انظر المادة ٢٢٢٣ من التقنين الأرجنتينى) . أما المثلى الذى لا يهلك بالاستعمال كقلم أو كتاب ، فيجوز الإذن باستعماله دون أن تستحيل الوديعة إلى قرض ، ويكون العقد فى هذه الحالة أقرب إلى العارية منه إلى القرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٦ – ص ٢٦٧) .

على ودائع النقود فى المصارف حيث تنتقل ملكية النقود إلى المصرف ويرد مثلها[١] ، بل ويدفع فى بعض الأحيان فائدة عنها[٢] ، فيكون العقد فى هذه الحالة قرضاً أوحساباً جاريا[٣] .

وترد الوديعة الناقصة كذلك على الأسهم والسندات تودع فى المصارف، وتنتقل ملكيتها إلى المصرف على أن يرد مثلها . وقد ترد الوديعة الناقصة على أشياء أخرى مما يهلك بالاستعمال ، كالقطن والحبوب .

على أن هناك من الفقهاء من يميز بين الوديعة الناقصة والقرض ، وسنرى فيما يلى ألا جدوى من هذا التمييز ، وأن المشروع المصرى أحسن صنعاً باعتباره الوديعة الناقصة قرضاً .

٣٨٦ — عدم جدوى التمييز بين الوديعة الناقصة والقرض ووجوب اعتبار هذه الوديعة قرضاً : والذين يميزون بين الوديعة الناقصة والقرض يقفون عند نية المودع ، فإذا انصرفت هذه النية إلى أن يكون الغرض الأساسى

---

(١) وقد يكون الرد عند الطلب (à vue) ، أو بعد أجل قصير (à court terme) ، أو بعد أجل معين من وقت الطلب (à un certain délai de vue) (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٩٧ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٨) . وقد يكون الإيداع فى صناديق التوفير وفى خزائن المحاكم .

(٢) بخلاف الوديعة العادية إذ أن الذى يدفع الأجر فيها هو المودع لا المودع عنده .

(٣) أما إيداع مبلغ من النقود على أن يرد بالذات دون أن يستعمل ودون أن تدفع عنه فائدة ، فهذه وديعة عادية لا وديعة ناقصة ، وقد سبق بيان ذلك (انظر آنفاً فقرة ٣٦٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص ١٦٥ — نقض فرنسى ٢٥ يوليه سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ — ٢ — ٦٨٤ : نقود أجنبية — ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ — ١ — ١٥٩) . وقد نبه إلى ذلك فى لجنة المراجعة حيث قيل إن فرض الوديعة الناقصة « يختلف عن فرض إيداع مبلغ من النقود دون فائدة ودون الإذن باستعماله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٢٦٨ — وانظر أيضاً نفس الفقرة فى الهامش) . ويفترض فى وديعة النقود أنها وديعة ناقصة ، ما لم يقم الدليل على العكس (انظر الفقرة المحذوفة من المشروع التمهيدى للمادة ٧٢٦ مدنى آنفاً نفس الفقرة فى الهامش ، وانظر بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٩٣) .

ويعتبر وديعة إيداع مبلغ من النقود خزانة المحكمة ، وتكون الخزانة وهى شخص معنوى مستقل عن قلم الكتاب هى المودع عنده ، وتخضع لأحكام الوديعة (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٥٠ — ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٩) . وإذا وقع حجز تحت يد المدين ، فأودع المدين المبلغ فى الخزانة ، فالخزانة تمثل المدين ولاتتقيد إلا بما يتقيد به هذا (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٩) .

من العقد هو حفظ النقود أوالأسهم أو السندات أو نحوها فالعقد وديعة ولو تقاضى المودع فائدة ، وإلا فهو قرض ولو لم يتقاض أية فائدة[١] . ومن الدلائل على هذه النية ألا يشترط أجل للرد أو ألا يتقاض المودع إلا فائدة زهيدة أو ألا يتقاضى فائدة أصلا ، فيستخلص من هذه القرائن أن المودع أراد الوديعة . أما إذا اشترط أجل للرد أوتقاضى المودع فائدة مجزية ، فهذه قرائن على أن نية المودع انصرفت إلى القرض[٢] .

والقائلون بهذا التمييز يرتبون عليه النتائج الآتية : (١) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة لم تجز المقاصة بين الوديعة ودين للمودع عنده ، وتجوز المقاصة إذا اعتبر العقد قرضاً . (٢) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة سرت الفوائد عند عدم الرد من وقت الإعذار ، ولاتسرى فى القرض إلا من وقت المطالبة القضائية بها . (٣) إذا اعتبر العقد وديعة ناقصة ولم يقم المودع عنده بالرد كان مرتكباً لجريمة التبديد ، وفى القرض لا محل لهذه الجريمة وإنما يكون المقترض مديناً بالرد[٣] .

---

(١) بون ١ فقرة ٤٤٥ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٩٢ وفقرة ١٠٩٦ – أوبرى ورووإسمان ٦ فقرة ٤٠١ ص١٦٥ – بيدان ١٢ فقرة ٢٦٨ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ – دى پاچ ٥ فقرة ٢٦٤ وما بعدها – محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٢ – وذلك حتى لو كان المودع قد قصد من الإيداع فى المصرف أن يتمكن من صرف ما أودعه عن طريق الشيكات المسحوبة على هذا المصرف (پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩) .

وهناك رأى يذهب إلى أن الوديعة الناقصة هى وديعة عادية فى البداية ، وتتحول إلى قرض عند ما يستهلك المودع عنده الشىء (هيك ١١ فقرة ٢٢٩) . وانظر فى تكييف الوديعة مع السماح للمودع عنده باستهلاك الشىء إذا أراد ، وفى تكييفها مع السماح للمودع عنده باستهلاك الشىء إذا تحقق ظرف معين : بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٠٠ – فقرة ١١٠١ .

(٢) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٩٦ – وقد قضى بأنه لا نزاع فى أن النقود تصح أن تكون محلا للوديعة ، وفى هذه الحالة يطلق عليها اسم الوديعة الناقصة ، وهى لا تختلف عن وديعة الأشياء المعينة إلا فى أن ملكية النقود المودعة تنتقل إلى المودع عنده وهلاكها يكون عليه ، أما فيما عدا ذلك فتنطبق عليها كافة أحكام الوديعة وأهمها وجوب ردها عند أول طلب – وإنه كانت الوديعة الناقصة تتشابه مع عارية الاستهلاك أو القرض ، فى كثير من الأحوال يتعذر التفريق بينهما ، إلا أنه تمكن معرفة حقيقة العقد بالرجوع إلى ظروف الأحوال والبحث عن قصد المتعاقدين . وقد وضع الشراح بعض قواعد للتمييز بين العقدين ، منها أنه إذا كان القصد أن يقدم المتسلم هدية مجانية إلى صاحب الشىء فالعقد وديعة ، أما إذا كان الغرض منه الحصول على ربح للمسلم فالعقد عارية ، والمبلغ الذى يدفع من المرشح لعضوية مجلس النواب ضماناً لترشيحه يعتبر وديعة ، وتسرى عليه أحكامها (الإسكندرية الوطنية ٢٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٥ ص ٣٩٦) .

(٣) انظر فى هذه النتائج بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٠٩٩ .

وهذا التمييز بالنتائج التي تترتب عليه ليس سليما ، لا بالنسبة إلى فيصل التفرقة الذى اتخذ ، ولا بالنسبة إلى النتائج التي ترتبت ، فمن حيث فيصل التفرقة ، قيل إن مما يدل على انصراف النية إلى الوديعة ألا يشترط أجل للرد وألا تشترط فوائد أصلا أو أن تكون الفوائد زهيدة . وهذه قرائن ليست حاسمة ، فالقرض كالوديعة قد لا يشترط فيه الأجل والوديعة كالقرض قد يشترط فيها الأجل ، وكذلك القرض قد لا تشترط فيه فوائد أصلا كالوديعة بل إن الأصل فى القرض أن يكون بغير فائدة ما لم تشترط[1] . ومن حيث النتائج التي ترتب عادة على هذا التمييز ، فإنها غير صحيحة . ليس صحيحاً أن المقاصة لا تجوز فى الوديعة الناقصة ، فما دامت ملكية الشيء انتقلت إلى المودع عنده وأصبح الشيء ديناً فى الذمة فالمقاصة جائزة ، وهى لم تمتنع فى الوديعة العادية إلا لأن الشيء المودع احتفظ بذاتيته ولم تنتقل ملكيته إلى المودع عنده بل وجب على هذا رده بعينه . وليس صحيحاً أيضاً أن الفوائد تسرى فى الوديعة الناقصة من وقت الإعذار ، فمادام المصرف قد انتقلت إليه ملكية النقود وأصبح مديناً بها ، فالفوائد لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية بها ، والنص الذى يقضى بذلك (م ٢٢٦ مدنى) عام لا يميز بين الوديعة الناقصة والقرض . وليس صحيحاً كذلك أن جريمة التبديد ترد فى الوديعة الناقصة ولا ترد فى القرض ، إذ هى لا ترد فى الحالتين ، ففيهما يصبح من تسلم النقود أو الأوراق المالية مالكاً لها ومديناً برد مثلها ، ولا يتصور أن يبدد ملكه[2] .

والصحيح إذن أنه لا محل للتمييز بين الوديعة الناقصة والقرض[3]. فمادام

---

(١) بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٠٩٤ – ثال فى تعليقه فى سيريه ٩١ – ١ – ٢٧٤ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٧٠ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٤٣ . جوسران ٢ فقرة ١٢٧٨ – محمد على عرفة فقرة ٥٠٣ .

(٢) نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ – نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ١٨٩ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٦٩ ص ٤٩٩ – يضاف إلى ذلك أنه إذا هلك الشيء بسبب أجنبى فى الوديعة الناقصة هلك على المودع عنده لأن هذه الوديعة ليست إلا قرضاً ، أما فى الوديعة العادية فالهلاك على المودع (انظر فى هذه المسألة وفى تفنيد النتائج الثلاث الأولى محمد على عرفة ص ٥٠٥ – ص ٥٠٦) .

(٣) ديرانتون فقرة ١٥ وفقرة ٤٤ – جيوار فقرة ٢٠ وفقرة ٢٢ – هامل فى البنوك =

المودع فى الوديعة الناقصة ينقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده ويصبح هذا مديناً برد مثله ، فقد فقدت الوديعة الناقصة أهم مميز للوديعة وهو رد الشيء بعينه ، واختلطت اختلاطاً تاماً بالقرض[1] . وهذا ما قضت به المادة ٧٢٦ مدنى فيما قدمناه .

الفرع الثانى
الوديعـــة الاضطرارية
(Dépôt nécessaire)

٣٨٧ — ما هى الوديعة الاضطرارية : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص فى الوديعة الاضطرارية ، فكانت المادة ١٠١٢ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشيء درءاً لخطر نشأ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من الحوادث ، جاز له أن يثبت الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشيء المودع . ٢ — ويكون للوديع فى هذه الحالة أجر ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . وعليه أن يبذل فى حفظ الشيء عناية الرجل المعتاد ، وكل اتفاق يقصد به الحد من مسئوليته أو الإعفاء من المسئولية يكون باطلا » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد

= وعمليات البنوك ٢ فقرة ٧٥٤ — كولان وكابيتان ودى لامورداندير ٢ فقرة ١٢٤٣ — جوسران ٢ فقرة ١٣٧٨ — محمد على عرفة ص ٥٠٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت صيغة العقد أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال ، فإنه لا يكون عقد وديعة تامة ، بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الوديعة ، وكل ما يكون للمودع فيه هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخصى يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧) . وقضت أيضاً بأن التزام المودع عنده برد الشيء بعينه عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الوديعة طبقاً لأحكام المادة ٤٨٢ مدنى (قديم) ، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة (نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤٧٨ ص ٩٤٤) .

وكالقرض لا تجب الفوائد فى الوديعة الناقصة إلا إذا وجد اتفاق على ذلك (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٤٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٠٥ — ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٦) . وكالقرض أيضاً يكون المودع دائناً يدين فى ذمة المودع عنده ، فيشترك مع سائر دائنيه اشتراك الغرماء (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٨) .

العامة[١] . ولما كان النص المحذوف يمكن اعتباره تطبيقاً للقواعد العامة ، إذ هو يساير نية المتعاقدين مستخلصة من الظروف الاضطرارية التى تمت فيها الوديعة ، لذلك يصح العمل بأحكام هذا النص بالرغم من حذفه .

ويتبين منه أن الوديعة الاضطرارية تنعقد فى ظروف يجد المودع فيها نفسه مضطراً إلى الإيداع عند الشخص الذى وجده أمامه ، فلا هو مختار فى تعيين هذا الشخص ولا هو مختار فى واقعة الإيداع ذاتها . فقد يدهمه حادث ، كحريق أوغرق أو تهدم بناء أو نهب أوغارة جوية أو زحف عدو مغير[٢] أو ثورة أو اضطرابات أو زلزال أولصوص يقطعون الطريق[٣] ، فيرى نفسه مضطراً حتى ينقذ ماله أن يودعه عند أول شخص يستطيع أن يودعه عنده[٤] . ولكن الاضطرار هنا لا يصل إلى حد الإكراه الذى يصيب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٥ – ص ٢٦٧ فى الهامش . وقد اقترح فى لجنة مجلس الشيوخ إعادة هذا النص ، ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح « لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن إيراد النص المقترح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٤) .

(٢) نقض فرنسى ١٧ يوليه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ٢٠٣ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٢ ص ٥٠٥ .

(٣) لم تعدد المادة ١٠١٢ من المشروع التمهيدى المحذوفة – ولا ما يقابلها فى التقنين المدنى الفرنسى م ١٩٤٩ – على سبيل الحصر الأحداث التى تدهم المودع ، فكل حادث يلجئه إلى الإيداع عند أول شخص يتيسر له الإيداع عنده يكفى لجعل الوديعة وديعة اضطرارية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « نظر المشروع فى هذه المادة إلى حالة الوديعة الاضطرارية ، وهى التى يقوم بها الوديع فى ظروف يخشى معها خطر داهم على الشيء ، فتضطره لأن يودع الشيء على عجل عند أول شخص يستطيع أن يكل إليه بالوديعة . وقد ذكرت بعض الظروف الاضطرارية التى تدعو إلى ذلك على سبيل المثال فقط : تهدم بناء – نهب – غرق – إغارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٦ فى الهامش) .

(٤) ويغلب أن تكون هذه الحوادث حوادث تعسة ، ومن أجل ذلك سمى الرومان هذه الوديعة بالوديعة التعسة (depositum miserabile) (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٨٣ ص ٦٣٤) . ولا يكفى لتكون هناك ديعة اضطرارية أن يجد المودع مشقة كبيرة فى العثور على من يودع عنده مال (نقض فرنسى ١٢ أغسطس سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩ – ١ – ٢٩٨ – هيك ١١ فقرة ٢٥٣ – جيوار فقرة ٢٩ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٨٤) ، ولا ألا يكون عند المودع الوقت الكافى للحصول على إيصال بالوديعة (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٨٤) . وإذا سلم أحد لاعبى القمار لشخص محفظة بها نقود لحفظها حتى ينتهى من اللعب ، فليست هذه وديعة اضطرارية بل هى وديعة اختيارية لا شيء من الاضطرار فيها ، فإذا كان المتهم لم ينكر تسلمه المحفظة ولكنه يقرر أنه تسلمها وردها كما هى ، دون أن يفتحها ، فلا يمكن أن يعتبر =

الإرادة[1] ، ومن ثم تكون الوديعة الاضطرارية عقداً صحيحاً يتكون من إرادتين صحيحتين إرادة المودع وإرادة المودع عنده[2] ، ولايجوز إبطاله للإكراه ، ولكنه يخضع لقواعد خاصة تترتب على واقعة الاضطرار التى لم تصل إلى حد الإكراه كما سنرى[3] .

ويضيف الفقه الفرنسى ، ومعه القضاء فى بعض الحالات ، شرطاً ثانياً للوديعة الاضطرارية ، وهو أن يكون هذا الحادث غير متوقع (imprévu) . ودفعه إلى ذلك أن لفظ "imprévu" ورد فى نص المادة ١٩٤٩ مدنى فرنسى التى تحدد ما هى الوديعة الاضطرارية ، فيستبعد بذلك ماكان من الحوادث متوقعاً ، كأن يودع شخص معطفه وعصاه فى مخزن الأمانات وهو يدخل المسرح أويودع سيارته فى جراج الفندق أويودع العامل ملابسه وأدوات شغله عند رب العمل[4] ، فالمودع يتوقع الحادث الذى سيضطره إلى الإيداع وينساق إليه مختاراً ، فلا تكون الوديعة اضطرارية[5] . ولكن

= اعترافه هذا مبدأ ثبوت بالكتابة مجيزاً لإقامة الدليل بالبينة على مقدار ماكان بها من النقود (نقض جنائى ٧ مايو سنة ١٩٣١ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٢٥٦ ص ٣٢٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥ ص ٤٤٢ هامش ١) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٤٣ .

(٢) لوران ٢٧ فقرة ١٣٢ – هيك ١١ فقرة ٢٥٣ – بون ١ فقرة ٥١٥ – جيوار فقرة ١٢٣ – بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١١٨٢ ص٦٣٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨١ هامش ١ – پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٦٠ – محمد على عرفة ص ٥٠٧ .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٣٨٨ – وهناك نوع من الأمانة نص عليه التقنين المدنى العراقى ، وهو ليس بعقد إذ أن إرادة صاحب الشيء ليست مضغوطاً عليها عن طريق الاضطرار ، بل هى معدومة أصلا . ويتحقق ذلك إذا فقد الشيء صاحبه ، فعثر عليه شخص واستبقاه فى يده على سبيل الأمانة ، على أن يرده لصاحبه بمجرد أن يعرفه . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدنى عراقى فى هذا الصدد على أنه « ١ – إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك ، كان غاصباً ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعد . ٢ – أما إذا أخذه على أن يرده لمالكه ، كان أمانة فى يده ، ووجب تسليمه للمالك وفقا للإجراءات التى يقررها القانون » .

(٤) نقض فرنسى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ١٤١ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ١٦ – باريس ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٣٢٣ – السين ٢١ نوفبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى پاليه ٧ مارس سنة ١٩٠٠ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩١٠ – ٥ – ١٢ .

(٥) بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١١٨٣ – فقرة ١١٨٤ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٢ – چوسران ٢ فقرة ١٣٦٩ .

هذا الشرط الثانى لم يجمع عليه القضاء الفرنسى ، وقد تجاوز عنه فى غير الأمثلة المتقدمة[1] ، وبخاصة فى وديعة الفنادق والخانات وهى صورة من صور الوديعة الاضطرارية حيث أدرج التقنين المدنى الفرنسى هذه الوديعة فى المكان الذى خصصه للوديعة الاضطرارية ، وصرح فى المادة ١٩٥٢ منه بأنها وديعة اضطرارية . أما التقنين المدنى المصرى فلم يورد نصاً فى الوديعة الاضطرارية اكتفاء بالقواعد العامة كما قدمنا ، والنص المحذوف فى المشروع التمهيدى وهو تطبيق للقواعد العامة لم يورد شرط عدم توقع الحادث ، وعلى العكس من ذلك أشار نص محذوف آخر كما سنرى[2] إلى أن وديعة الفنادق والخانات هى صورة من صور الوديعة الاضطرارية . وعلى ذلك يجب التسليم فى القانون المصرى بأن الحادث الذى ألجأ المودع إلى الإيداع فى الوديعة الاضطرارية لا يشترط فيه أن يكون غير متوقع[3] ، ويكفى أن يكون حادثاً اضطر المودع إلى الإيداع كما سبق القول .

٣٨٨ — الأحكام الخاصة بالوديعة الاضطرارية : ويترتب على أن المودع قد اضطر إلى الإيداع أحكام خاصة ، أوردها النص المحذوف ، وفصلتها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما يلى :

أولا — اعتبار حالة الوديعة الاضطرارية استثناء من قاعدة الإثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته عشرة جنيهات ، وذلك لوجود المانع من الاستحصال على كتابة وقت الإيداع ، فيجوز فيها الإثبات بجميع الطرق ولو زادت قيمة

---

(١) فاعتبر وديعة اضطرارية إيداع النازل فى مصحة أمتعته فى إدارة المصحة (ليون ٢٣ يوليه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ٢ — ٣٤٣) ، وإيداع المقاول الأدوات اللازمة للعمل فى مكان البناء (مونپلييه ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ — ٢ — ٧٥) ، وإيداع الشخص ملابسه وهو يتأهب للعب فى ناد رياضى (السين ١٦ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٧ — ٥٠٤ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ — ٣) ، وإيداع المستأجر دراجته فى جراج مشترك فى العمارة وكان عقد الإيجار يقضى عليه بذلك (باريس محكمة الصلح ٣ نوفبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦ — ٥ — ٢٥ — انظر عكس ذلك بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٨٤ مكررة) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٨٩ فى الهامش .

(٣) انظر عكس ذلك وأن الحادث يشترط فيه أن يكون غير متوقع محمد على عرفة ص ٥٠٨ .

الوديعة على عشرة جنيهات . ولكن متى ثبت حصول الوديعة الاضطرارية بأى طريق من طرق الإثبات ، تتبع القواعد العامة فيما يتعلق برد الوديعة(١).

ثانيا — أن يكون الأصل فى الوديعة الاضطرارية ، خلافاً للوديعة الاختيارية ، استحقاق المودع عنده للأجر ، فهذه هى نية المتعاقدين المفترضة ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بأن تكون الوديعة غير مأجورة(٢) .

ثالثا — أن تكون العناية الواجبة على المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية هى عناية الشخص المعتاد ، ولو كانت الوديعة بغير أجر فيزيد مقدار العناية المطلوبة من المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية عنه فى الوديعة الاختيارية نظراً للظروف الاضطرارية التى تمت فيها الوديعة(٣) .

رابعا — ألا يجوز الاتفاق فى الوديعة الاضطرارية على إعفاء المودع عنده من المسئولية ولا تخفيف هذه المسئولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب المودع عنده(٤) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم شخص إلى شخص آخر له به صلة عمل ، عند مبيتهما معاً فى غرفة واحدة بإحدى القرى ، ما معه من النقود ليحفظه لديه إلى الصباح ، فأخذها المتسلم وفر ، فعمله هذا يعتبر خيانة أمانة . ومتى ثبت أن إيداع المجنى عليه نقوده لدى الجانى كان إيداعاً اضطرارياً ألجأته إليه ظروف كارثة ، فمن الجائز إثبات حصوله بالبينة مهما كانت قيمة الوديعة (نقض جنائى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ٣٧٨ ص ٤٨١) — وانظر م ١٩٥٠ مدنى فرنسى — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٨٥ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٧٢ — محمد على عرفة ص ٥١٠ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥ ص ٤٤٠ . ويجوز الإثبات بجميع الطرق ، لا بالنسبة إلى واقعة الإيداع وحدها ، بل أيضاً بالنسبة إلى ماهية الشىء المودع وقيمته (بودرى وڤال فى الوديعةفقرة ١١٨٥ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨٢— پلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٦٣) . ومن باب أولى يجوز الإثبات بالإقرار ، وفى هذه الحالة لا يتجزأ الإقرار طبقاً للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن (نقض فرنسى ١٩فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ — ١ — ٢١٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٥ ص ١٨٢) . ويجوز توجيه اليمين المتممة إلى المودع عنده لاستكمال أى دليل ولو غير كتابى فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ — ٢٠٣ — محمد على عرفة ص ٥١٠) .

(٢) محمد على عرفة ص ٥٠٩ .

(٣) قارن محمد على عرفة ص ٥٠٩ .

(٤) باريس ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠ — ٧٥٩ — السين ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥٠ — ١ — ٢٩٩ — وفيما عدا هذه الأحكام تسرى أحكام =

الفرع الثالث
الوديعة الفنادق والخانات
(Dépôt d'hôtellerie)

٣٨٩ — *نصوص قانونية*: تنص المادة ٧٢٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان » .

« ٢ — غير أنهم لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أويكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم » .

وتنص المادة ٧٢٨ على ما يأتى :

« ١ — على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أوالخان بسرقة الشىء أو ضياعه أوتلفه بمجرد علمه بوقوع شىء من ذلك ، فإن أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه » .

« ٢ — وتسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان ، بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أوالخان »[1] .

= الوديعة العادية فيما لا يتعارض مع هذه الأحكام الخاصة . وانظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٦ — ص ٢٦٧ فى الهامش .

(١) تاريخ النصوص :

م ٧٢٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٣ من المشروع التمهيدى ، وكانت الفقرة الأخيرة من نص المشروع مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد . أما الفقرة الأولى فكانت فى المشروع التمهيدى مكونة من فقرتين على الوجه الآتى : « ١ — تسرى أحكام المادة السابقة (أى أحكام الوديعة الاضطرارية) أيضاً على وديعة الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء فى الفنادق والخانات والبنسيونات التى يقيمون فيها . ٢ — ويكون أصحاب الفنادق والخانات ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ هذه الأشياء وملاحظتها ، مسئولين حتى عن فعل كل رائح أو غادٍ فى الفندق أوالخان » . =

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى القديم المادة ٥٩٨/٤٨٩ (1) .

= وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى لتعلقها بمادة محذوفة هى المادة التى تبين أحكام الوديعة الاضطرارية ، فأصبحت المادة بذلك مكونة من فقرتين ، ووفق عليها تحت رقم ٧٥٩ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلانا يعفى فيه نفسه من المسئولية ، فأجيب بأنه إذا كان الإعلان صريحاً فى الإعفاء من المسئولية وفى مكان ظاهر يراه النزيل ولم يعترض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولا حتى عن التعويض المخفف ، لأن شرط الإعفاء من المسئولية جائز فى هذه الحالة طبقاً للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٧٥٨ ، ثم وافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « المترددين على » بعبارة « كل غاد ورائح فى » الواردة فى آخر الفقرة الأولى ، وحذف لفظ « البنسيونات » وحل محله عبارة « وما ماثلها » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٧٢٧ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٨ – ص ٢٧١) .

م ٧٢٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية من المشروع كانت تنتهى بالعبارة الآتية : « بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى ينكشف فيه الضياع أو التلف » ، وفيما عدا أن « الخان » لم يقرن مع « الفندق » فى المشروع . وفى لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية على الوجه الآتى : « بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادره فيه الفندق أو الخان » « ليكون الأمر محدودا » ، وأضيفت عبارة « أو الخان » بعد كلمة « الفندق » فى كل من الفقرتين . فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧١ – ص ٢٧٤) .

(١) التقنين المدنى القديم م ٥٩٨/٤٨٩ : حافظ الوديعة الذى يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما ضامن لهلاك الوديعة ، إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة قاهرة .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق من حيث المبدأ مع أحكام التقنين المدنى الجديد . ويبدو أن عبارة التقنين المدنى القديم فيما يتعلق بتحديد نطاق المودع عندهم أوسع من عبارة التقنين المدنى الجديد : فهى تشمل كل حافظ وديعة يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما . ثم إن التقنين المدنى القديم صريح فى عدم إعفاء المودع عنده من المسئولية إلا بإثبات القوة القاهرة . أما فى التفصيلات فيختلف التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الجديد فيما يأتى : (١) حدد التقنين المدنى الجديد مسئولية المودع عنده عن الأشياء الثمينة بمبلغ خمسين جنيهاً. ولم يرد هذا التحديد فى التقنين المدنى القديم . (٢) أوجب التقنين المدنى الجديد على المسافر الإخطار وإلا سقطت حقوقه ، ولم يرد ذلك فى التقنين المدنى القديم . (٣) حدد التقنين المدنى الجديد مدة التقادم بستة أشهر من يوم مغادرة الفندق ، ولم يحدد التقنين المدنى القديم مدة خاصة للتقادم ولكن الظاهر أن مسئولية المودع عنده تسقط بعد مدة كافية على أساس نزول ضمنى من المودع عن حقه) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٦٩٣ — ٦٩٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٧٢٧ — ٧٢٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٩٧٢ — ٩٦٣ — ولا مقابل لها فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١) .

ويخلص من هذه النصوص أن أصحاب الفنادق وما ماثلها معرضون لمسئولية جسيمة عن الودائع التى يأتى بها النزلاء إلى الفندق(٢) . وتظهر جسامة هذه المسئولية من وجهين : (١) التوسع فى معنى الوديعة ، فأى شىء يأتى به النزيل معه فى الفندق يعتبر مودعاً عند صاحب الفندق ولو لم يسلم إليه بالذات(٣) . (٢) التوسع فى المسئولية ، فالوديعة فى الفندق تكون فى حكم الوديعة الاضطرارية ، وتسرى عليها أحكام هذه الوديعة من حيث الأجر والإثبات والمسئولية والاتفاق على تعديلها ، وهى الأحكام التى تختص بها الوديعة الاضطرارية . أما من حيث الأجر ، فوديعة الفندق مأجورة ، والأجر يدخل ضمن ما يدفعه النزيل لصاحب الفندق عن إقامته . بقى الإثبات والمسئولية والاتفاق على تعديلها ، فهذه تسرى فيها أيضاً أحكام الوديعة الاضطرارية ، بل إن المسئولية هنا أشد جسامة منها فى الوديعة الاضطرارية(٤) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٣ — ٦٩٤ (مطابقتان — دعوى المسئولية عن الأشياء الثمينة خمسمائة ليرة سورية) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٧ — ٧٢٨ (مطابقتان) .

التقنين المدنى العراقى م ٩٧٢ — ٩٧٣ (موافقتان فيما عدا أن دعوى النزيل فى التقنين العراقى لا تسمع بعد ثلاثة أشهر من اليوم الذى ينكشف فيه أمر السرقة أو الضياع أو التلف) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

(٢) ويطلق بعض الفقهاء على وديعة الفنادق اسم « الوديعة الجارية » ، لأنها تقع بطبيعة الحال ، والعرف هو الذى قضى بها ، ولأنها عادة يومية (انظر محمد كامل مرسى — نقلا عن أحمد فتحى زغلول — ص ٤٤٢ وهامش ٢) .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ مكررة ص ٥٢٥ .

(٤) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٥ مكررة ص ٥٢٥ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يعتبر من قبيل الوديعة الاضطرارية وديعة الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء فى الفنادق والخانات والبنسيونات التى يقيمون فيها . ولذلك نصت المادة ١٠١٣ فقرة أولى على أنه تطبق عليها أحكام المادة السابقة (أحكام الوديعة الاضطرارية) ، =

ومن ثم وجب أولا أن نحدد فى دقة نطاق الوديعة فى الفنادق والخانات التى تسرى عليها هذه الأحكام المشددة . ونبحث بعد ذلك الإثبات ، والمسئولية ، والاتفاق على تعديلها .

٣٩٠ — نطاق الوديعة فى الفنادق والخانات : لتحديد هـذا النطاق نبين أموراً ثلاثة : (١) المودع عنده . (٢) الأشياء المودعة . (٣) كيف يكون الإيداع .

١ — المودع عنده : يبدو أن التقنين المدنى الجديد ، فى تحديده للمودع عنده ، توسط بين التقنين المدنى القديم والتقنين المدنى الفرنسى . فالتقنين المدنى القديم يشمل بعبارته المطلقة كل حافظ وديعة « يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما » (م ٤٨٩/٥٩٨) . والتقنين المدنى الفرنسى يقصر عبارته على أصحاب الخانات والفنادق (aubergistes ou hôteliers) (م ١٩٥٢) . أما التقنين المدنى الجديد فيقول « أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها » (م ٧٢٧) . والمماثلة هنا ، فيما نرى ، ليست كما ذهب إليه التقنين المدنى القديم فى أن المودع عنده « يأخذ أجرة بحسب الأحوال التى ترتبت عليها الإيداع » فيدخل صاحب الفندق أو الخان وأمين النقل ومخازن الأمانات فى المحطات والجمارك والمسارح والملاعب والنوادى الرياضية وكابينات الاستحمام كما ذهب بعض الفقهاء(١) ، فالوديعة فى هذه الأحوال ، وإن كانت وديعة اضطرارية تسرى عليها أحكامها ، ليست بوديعة الفندق . وإنما المماثلة تكون فيما يميز الفندق والخان ، لا من ناحية اضطرار المودع أن يحضر أشياء معه فحسب ، بل أيضاً من ناحية أن المودع يقيم فى الفندق إقامة موقتة ويغلب أن ينام فيه ليلة أو أكثر ، فيرى نفسه مضطراً أن يترك أمتعته مدة غير قصيرة دون أن يلازمها فتبقى فى حراسة

= سواء فيما يتعلق بالإثبات أو بزيادة العناية المطلوبة من الوديع أو بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو تخفيفها . وبناء على ذلك يجوز للمسافر أن يثبت حيازته للأشياء التى يدعى سرقتها من غرفته بجميع طرق الإثبات ، ولا يترتب أى أثر على الإعلان الذى يعلقه صاحب الفندق فى الغرف لإخطار النزلاء بأنه يخلى مسئوليته عن فقد الأشياء التى يحملونها معهم (انظر المادة ٢٢٦٦ من التقنين الأرجنتينى) ، كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢) .

(١) محمد على عرفة ص ٥١١ — ص ٥١٢ .

صاحب الفندق والفندق يتردد عليه الكثير من الناس ، فيجب أن تمتد الحراسة لا فحسب إلى خدم الفندق وموظفيه بل أيضاً إلى كل رائح أو غاد فى الفندق . وعلى ذلك لا يجوز التوسع فى تحديد المودع عنده كما فعل التقنين المدنى القديم ، ولا التضييق فى هذا التحديد كما فعل التقنين المدنى الفرنسى .

فيكون مودعاً عنده فى معنى النص صاحب الفندق وكل مكان ينزل فيه المسافرون كالخانات والوكالات[1] . وتدخل « البنسيونات » ، وكانت مذكورة بالنص فى المشروع التمهيدى ثم حلت محلها عبارة « وما ماثلها »[2] ، كما تدخل الغرف المفروشة[3] . وتدخل كذلك عربات النوم فى السكك الحديدية[4] ،

(١) وليس من الضرورى أن يقدم الفندق الطعام للنزيل (هيك ١١ فقرة ٢٥٦ – فقرة ٢٥٧ – جيوار فقرة ١٣٥ – فقرة ١٣٦ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٣٨ ص ٦٦٢)– ولا أن ينام النزيل فى الفندق فى أثناء الليل ، فمادام الفندق معداً للمبيت فيكفى أن ينزل فيه المسافر ولو لساعات معدودات يستريح فيها أو يقوم بحاجاته فى البلد الذى فيه الفندق – أما إذا أودع الشخص أشياء فى فندق لا يبيت فيه لتسليمها إلى شخص آخر ، فهذه وديعة عادية (أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٨٩ فى الهامش .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٥٦ – فقرة ٢٥٧ – جيوار فقرة ١٣٥ – فقرة ١٣٦ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٣٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ١ – محمد على عرفة ص ٥١١ – وتدخل الغرف المفروشة والبنسيونات والفناق ولو أقام فيها النزيل شهراً أو أكثر (السين ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٦ جازيت دى تريبينو ٦ أكتوبر سنة ١٨٩٦ – هيك ١١ فقرة ٢٥٦ – فقرة ٢٥٧ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٣٨ ص ٦٦٣ – عكس ذلك بيدان ١٢ فقرة ٢٨١ – جوسران ٢ فقرة ١٣٧٤ – محمد على عرفة ص ٥١٣ – وانظر أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٦٤) – وذهب الفقه والقضاء فى فرنسا إلى أنه لو استأجر المقيم فى بلد غرفة فى فندق أو غرفة مفروشة فى نفس البلد الذى يقيم فيه ، لم يكن « مسافراً » (voyageur) ، فلا ينطبق عليه النص (نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٤٨٧ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٣٩ – ١ – ٢٠٥ – ليون ١٢ يوليه سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ – ٢ – ٣٠٥ – باريس ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٤ – ١ – ٨٤٣ – السين ١٩ يونيه سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤ – ٢ – ٩٥ – ١٩ أبريل سنة ١٩٤٨ جازيت دى باليه ١٩٤٨ – ٢ – ١٩ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٤٠ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ١ – پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٤٥ – وانظر عكس ذلك هيك ١١ فقرة ٢٥٦ – فقرة ٢٥٧ – جيوار فقرة ١٣٦) . أما فى مصر فيبدو أن فى هذا تضييقاً لا محل له ، وفى نص المادة ٧٢٧ مدنى مصرى متسع لدخول هذه الحالة فالنص يشمل المسافرين والنزلاء ، ولا يقتصر على المسافرين (انظر عكس ذلك محمد على عرفة ص ٥١٣) .

(٤) محمد على عرفة ص ٥١١ .

وكابينات السفن ، والمستشفيات والمصحات[1] . أما إذا أجر شخص غرفة مفروشة فى مسكنه الخاص لشخص آخر اختاره بطريق التوصية أو الصلة الشخصية ، لم يدخل ذلك فى حكم النص [2] .

ولا تدخل المطاعم ولا المقاهى[3] ، وقدمنا كذلك أنه لا يدخل أمناء النقل ومخازن الأمانات فى المحطات والجمارك والمسارح والملاعب والنوادي الرياضية وكابينات الاستحمام[4] .

٢ — الأشياء المودعة : يقول النص فى تحديدها : « الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء » . فيشمل ذلك كل ما يأتى به النزيل من حقائب وأمتعة وملابس[5] ونقود ومجوهرات وأوراق مالية[6] ومستندات وبضائع[7] .

---

(١) انظر عكس ذلك فى فرنسا نقض فرنسى ٣ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ١٦٥ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٤٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص١٨٣— بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧ (عربات النوم) ، ومع ذلك يذهب رأى فى فرنسا إلى أن العيادة الخاصة للطبيب حيث تقيم المرضى للعلاج تعتبر فى حكم الفندق (بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧) .

(٢) الإسكندرية المختلطة ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٨ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٣٩ ص ٦٦٣ — محمد على عرفة ص ٥١١ .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٥٨ — پون ١ فقرة ٥٢٨ — جيوار فقرة ١٣٩ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٤١ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ — بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٦ — بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٧٧ — چوسران ٢ فقرة ١٣٧٤ .

(٤) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٤٢ وما بعدها — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٣ — بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٦ ص ٥٢٧ — محمد على عرفة ص ٥١٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٧ ص ٤٤٥ .

(٥) هيك ١١ فقرة ٢٦١ — جيوار فقرة ١٤٢ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٩٠ ص ٦٣٩ .

(٦) لوران ٢٧ فقرة ١٥٥ — هيك ١١ فقرة ٢٦١ — جيوار فقرة ١٤٠ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٩٠ .

(٧) جيوار فقرة ١٤٢ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٩٠ ص ٦٤٠ — بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

وتدخل السيارة[1] التى يأتى بها النزيل ويودعها فى جراج الفندق أو فى فنائه ، والدراجة[2] وغيرها من وسائل النقل .

٣ – كيف يكون الإيداع : والعادة أن يكون الإيداع لا بتسليم الأشياء للمودع عنده شخصياً[3] ، بل بوضعها فى الغرفة التى يأوى إليها النزيل أو فى أى مكان آخر يخصص لذلك[4] . وقد يتم الإيداع قبل ذلك ، كما إذا تلقى مندوب الفندق المسافر فى المحطة وأخذ حقائبه لتوصيلها إلى الفندق فمن هذا الوقت تبدأ مسئولية صاحب الفندق[5]. وقد يأتى النزيل ، بعد أن يقيم فى الفندق ، بأمتعة أخرى يضيفها إلى الأمتعة الموجودة ، أو على العكس من ذلك يرسل بأمتعة إلى الفندق تسبقه قبل قدومه فتشمل مسئولية صاحب الفندق هذه الأمتعة جميعاً[6] . ولكن يجب أن تدخل الأمتعة الفندق برضاء صاحب الفندق أو أحد أتباعه ، أو فى القليل دون معارضة منه[7] . أما الأمتعة التى يتركها النزيل فى الفندق بعد مغادرته إياه أمانة عند صاحب الفندق ، حتى لو عاد النزيل بعد ذلك إلى الفندق ، فهذه لا يكون صاحب الفندق مسئولا عنها إلا طبقاً للقواعد العامة[8] .

---

(١) نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ – ٢ – ٢٧٥ – جرينوبل ٣ فبراير سنة ١٩٤٧ جازيت دى پاليه ١٩٤٧ – ٢ – ٢٧٥ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ – محمد على عرفة ص ٥١٤ .

(٢) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٩١ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

(٣) هيك ١١ فقرة ٢٦٠ – پون ١ فقرة ٥٣٠ وما بعدها – جيوار فقرة ١٤٤ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٩٨ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ وهامش ٥ و ٦ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٨ – وقد جرت العادة ألا يأخذ النزيل من صاحب الفندق إيصالا بتسلم الحقائب والأشياء التى أتى بها معه ، ولذلك جاز له الإثبات بجميع الطرق وفيها البينة والقرائن كما سنرى .

(٤) ولو كان فى مخازن الفندق أو فى ردهاته أو فى غير ذلك من الأمكنة (استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٩١ م ٦ ص ٣٢٦) .

(٥) هيك ١١ فقرة ٢٦٠ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٩٥ – محمد على عرفة ص ٥١٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٦ ص ٤٤٣ .

(٦) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٩٦ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٥ .

(٧) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١١٩٩ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٨ .

(٨) نقض فرنسى ١٠ يناير سنة ١٨٣٢ سيريه ٣٢ – ١ – ٩١ – السين ٢١ يناير =

٣٩١ — الإثبات : وعبء إثبات الإيداع يقع على النزيل[1]. وله أن يثبت ، طبقاً للقواعد التى قررناها فى الوديعة الاضطرارية ، واقعة الإيداع وماهية الأشياء المودعة ومقدارها وقيمتها وأنها تلفت أوضاعت أو سرقت فى أثناء الإيداع بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن[2] . ويدخل القاضى فى اعتباره عند تقدير الأدلة مركز النزيل ومكانته وثروته واحتمال صدق ما يدعيه وحالة الفندق من ناحية الضبط والنظام وما إلى ذلك من الظروف[3] . ويجوز توجيه اليمين المتممة إلى النزيل لاستكمال الدليل ، حتى فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات[4] .

أما عبء إثبات نفى المسئولية فيقع على عاتق صاحب الفندق[5] على ما سنرى .

٣٩٢ — المسئولية : رأينا أن المودع عنده فى الوديعة الاضطرارية مسئول دائماً مسئولية المودع عنده المأجور ، فيجب عليه فى حفظ الأشياء المودعة بذل عناية الشخص المعتاد . ولكن مسئولية صاحب الفندق وما ماثله أشد من ذلك ، فهو مسئول فى العناية « بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون

= سنة ١٩٣٦ جازيت دى تريبينو ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ — هيك ١١ فقرة ٢٥٨ — جيوار فقرة ١٤١ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٠٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٢ هامش ٢ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٧ ص ٥٢٩ .

(١) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٢٩ ص ٦٥٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٤٨ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة١٢٢٩ص ٦٥٨ وفقرة١٢٣١— أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٨ ص ٥٢٩ — ولا يطالب النزيل بإثبات أنه هو المالك للأشياء التى أودعها ، وفقاً للقواعد المقررة فى الوديعة العادية (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٣٠) .

(٣) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٢٩ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٨ ص ٥٢٩ — بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٧٢ — محمد على عرفة ص ٥١٦ — إكس ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٢ — ٥ — ١٠ — السين ١٧ مارس سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ — ٥ — ٥١ .

(٤) نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٥٣ — السين ١٤ أكتوبر سنة١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤٢ — ١ — ٦٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٤ — محمد على عرفة ص ٥١٦ .

(٥) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٣١ .

والنزلاء — كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٢٧ مدنى فيما رأينا —حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان » . فيجب عليه إذن ، ليس فحسب بذل عناية الشخص المعتاد ، بل أيضاً مراقبة أتباعه من خدم وموظفين[١] ، بل ومراقبة المترددين على الفندق من غاد ورائح[٢]. وهؤلاء ليسوا من أتباعه ، وهو فى الأصل غير مسئول منهم ، بل يعتبر الفعل الصادر منهم فعل الغير ، وفعل الغير سبب أجنبي من شأنه أن ينفي المسئولية . ولكن هنا يكون صاحب الفندق مسئولا عن فعلهم[٣]، من سرقة أوحريق أو إتلاف أوإضاعة أوغير ذلك ، فيكون إذن مسئولا إلى هذا الحد عن السبب الأجنبي[٤] . وعلى ذلك إذا أثبت النزيل أن الأشياء التى أودعها الفندق على النحو الذى بيناه قد ضاعت أو سرقت أو احترقت أوتلفت ، كان صاحب الفندق مسئولا عن ذلك إلا إذا أثبت أن الحادث قد وقع بخطأ النزيل[٥] أو بقوة قاهرة كزلزال

---

(١) الوايلى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٣ ص ١٧ — فيكون مسئولا إذن عن فعل خادم الفندق ، حتى لو سرق هذا أمتعة النزيل فى وقت لا يؤدى فيه أعمال وظيفته ، وحتى لو تسلل إلى غرفة النزيل بقصد السرقة (نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ — ١ — ٤١٧ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٠٧) .

(٢) ويشمل الغادى والرائح ، ليس فحسب الأشخاص الآخرين النازلين فى الفندق ، بل أيضاً كل من يتردد على الفندق من زوار وغيرهم ، ولو تردد الشخص على الفندق بقصد السرقة ، مادام لم يدخل خلسة عن طريق التسلل . وفى فرنسا ، كما سنرى ، تتحقق مسئولية صاحب الفندق حتى لو تسلل السارق خلسة (لوران ٢٧ فقرة ١٤١ — هيك ١١ فقرة ٢٦١ — جيوار فقرة ١٤٥ — پون ١ فقرة ٥٣٧ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٠٥ ص ٦٤٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ هامش ٧) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « غير أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣ لم تكتف بالعناية التى فرضتها على الوديع المادة ١٠١٢ ، بل كلفت أصحاب الفنادق والخانات السهر على الأمكنة التى يستغلونها ورقابة كل من يروح أو يغدو فيها ، فجعلتهم مسئولين حتى عن فعل كل رائح أو غاد فى الفندق أو الخان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢) .

(٤) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٠٥ ص ٦٤٦ — ص ٦٤٧ — ويمكن القول مع ذلك إن فعل المترددين على الفندق منسوب إلى صاحبه ، لأن هذا يجب عليه ، لا مراقبة تابعيه فحسب ، بل أيضاً مراقبة المترددين ، فيتعبر مقصراً فى الرقابة (انظر فى هذا المعنى بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٠٦) .

(٥) ترولون فقرة ٢٣٧ — لوران ٢٧ فقرة ١٤٤ — پون ١ فقره ٥٤١ — جيوار فقرة ١٥٢ — بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢١٤ وفقرة ١٢١٩ — أوبرى ورو وإسمان ٦ =

أوغارة جوية أو ثورة أو اضطرابات أوغزو أوحرب أهلية أوحريق امتد من مكان مجاور ولا يد لصاحب الفندق فيه[1] . ولايكفى أن يثبت أن الحادث قد وقع بفعل الغير ، إذ يفرض عندئذ أنه وقع بفعل المترددين على الفندق وهو مسئول عن فعلهم كما قدمنا ، أوبفعل خدمه أو أتباعه وهو أيضاً مسئول عنهم. وكذلك يستطيع صاحب الفندق أن ينفى عن نفسه المسئولية إذا هو أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى المحافظة على الأشياء المودعة وأن الحادث لا يمكن أن يكون قد وقع من خدمه أو أتباعه أو من المترددين على الفندق[2] . ويجوز

= فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣٠ – بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٧٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٩ – ويعتبر خطأ من النزيل أن يترك باب غرفته مفتوحاً أوغير مغلق بالمفتاح مخالفا فى ذلك نظام الفندق ، أو يترك أشياء ثمينة فى الدولاب دون أن يغلقه ، ولكنه لا يكون مخطئاً إذا ترك حقائبه غير مغلقة ، وإذا اقترن بخطأ النزيل خطأ من صاحب الفندق كان هناك خطأ مشترك وتقاسما المسئولية (انظر فى كل ذلك بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢١٤ – فقرة ١٢١٥ وفقرة ١٢١٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ وهامش ١٣ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣٠ – نقض فرنسى ١٢ أبريل سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ١ – ٢٣٢ – ٩ يناير سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠ – ١ – ٣) . ويعتبر خطأ تابع النزيل فى حكم خطأ النزيل (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢١٦) . ولكن إذا ارتكب الحادث أحد أتباع صاحب الفندق ، فإن المسئولية تتحقق ولوكان هناك خطأ فى جانب النزيل ، وعلى النزيل ، وعلى الذى يثبت خطأ فى جانبه أن يثبت أن الحادث وقع مع ذلك بفعل أحد أتباع صاحب الفندق (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢١٧ – فقرة ١٢١٨ – محمد على عرفة ص ٥١٧) .

(١) أما الحريق فى ذاته فلا يعتبر قوة قاهرة ، فقد يكون ناشئاً عن إهمال صاحب الفندق أو أحد أتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فيكون صاحب الفندق مسئولا فى هذه الحالة . أما إذا أثبت هذا الأخير أن الحريق وقع بقوة قاهرة ، كما إذا كان قد امتد من مكان مجاور ، أو أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد فى الوقاية من الحريق وأن الحريق لم يحدث بفعل أحد إتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فإنه يتخلص من المسئولية . انظر فى تخلص صاحب الفندق من المسئولية بإثباته أن الحريق قد حدث بقوة قاهرة : نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ (٢) ٣٣١١ (احتراق سيارة النزيل فى الجراج ، ولا يكفى لإثبات القوة القاهرة إثبات أن الحريق بدأ نشوبها فى السيارة ذاتها) – كولمار ٨ أبريل سنة ١٩٤٥ داللوز ٤٩ – ٥ – ٣٤٥ – باريس ١٧ يناير سنة ١٨٥٠ داللوز ٥١ – ٢ – ١٢٢ – لوران ٢٧ فقرة ١٤٦ – جيوار فقرة ١٤٦ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢١٢ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١ .

(٢) وعلى ذلك إذا أثبت صاحب الفندق أن سرقة أمتعة النزيل وقعت من أجنبى تسلل خلسة أواستعمل مفاتيح مصطنعة أو دخل غرفة النزيل بطريق الكسر أو التسلق أو نقب الحائط ، =

للنزيل أيضاً أن يبادئ صاحب الفندق بأن يثبت أن الحادث وقع بتقصير من هذا الأخير ، أوبفعل خدمه أو أتباعه أو بفعل المترددين على الفندق ، وعند ذلك تتحقق مسئولية صاحب الفندق . فإذا ما تحققت هذه المسئولية بوجه أو بآخر ، وجب على صاحب الفندق أن يعوض النزيل عن كل ما أصابه من ضرر وفقاً للقواعد العامة . وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٧ مدنى استثناء ، فقد نصت كما رأينا على أن أصحاب الفنادق « لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أويكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد

= فإن ذلك ينفى مسئوليته . أما فى القانون الفرنسى فذلك لا ينفى المسئولية (ترولون فقرة ٢٢٥ – لوران ٢٧ فقرة ١٤٢ – جيوار فقرة ١٤٧ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢١١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١ – باريس ٣ مايو سنة ١٨٣١ سيريه ٣٣ – ٢ – ١٨٦ – السين ١٦ فبراير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ٥ – ٤٣) . ويبدو أن هذا الحكم فى القانون الفرنسى يبرره أن التقنين المدنى الفرنسى ينص فى المادة ١٩٥٤ منه على أن أصحاب الفنادق لا يكونون مسئولين عن السرقات التى تقع بقوة مسلحة (avec force armée) أو بقوة قاهرة أخرى . فأمكن أن يستخلص من ذلك بطريق التدليل العكسى ، أن السرقات التى لا تقع بقوة مسلحة ، ولو وقعت بطريق الكسر أو التسور أو النقب أو المفاتيح المصطنعة ، بل ولو وقعت لا من عصابة مسلحة بل من فرد أو فردين ولو كانا يحملان سلاحا ، يكون صاحب الفندق مسئولا عنها (بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢١١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٥ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ ص ٥٣١) . ولما كان نص المادة ١٩٥٤ مدنى فرنسى لا يوجد لها نظير فى التقنين المدنى المصرى ، لذلك لا نرى مجاراة الفقه الفرنسى فى هذه المسألة مع اختلاف النصوص . فلابد إذن فى القانون المصرى من تطبيق القواعد العامة والنصوص القانونية ، وظاهر أن السرقة التى تقع من أجنبى بطريق التسلل أوالتسور أو النقب أوالمفاتيح المصطنعة لا يمكن أن يقال عنها إنها سرقة وقعت من « المترددين » على الفندق حتى يكون صاحب الفندق مسئولا عنها ، فلم يبق إلا اعتبارها قوة قاهرة تنفى المسئولية عن صاحب الفندق (انظر قريباً من المعنى الذى نقول به دى‌هلتس لفظ Dépôt فقرة ٤٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٦ – وانظر عكس ذلك وأن صاحب الفندق يكون مسئولا : محمد على عرفة ص ٥١٧ ويستند إلى الفقه الفرنسى على اختلاف النصوص كما بينا) . وانظر فى التمييز فى القانون الفرنسى بين الحادث الفجائى وهو حادث داخلى يتصل بالمهنة ويكون صاحب الفندق مسئولا عنه ، والقوة القاهرة وهى حادث خارجى لا يتصل بالمهنة ولا يكون صاحب الفندق مسئولا عنه : جوسران ٢ فقرة ١٣٧٢ .

تابعيهم » . والأشياء الثمينة المشار إليها فى النص ، فيما عدا النقود والأوراق المالية ، مثلها المجوهرات والمصاغ والأدوات الفضية والتحف النادرة والمستندات الهامة ، وبوجه عام كل شىء يغلب أن تزيد قيمته على خمسين جنيهاً حتى يستساغ القول بأن صاحب الفندق لا يكون مسئولا عنه إلا فى حدود خمسين جنيهاً فيما عدا حالات خاصة . فإذا أثبت النزيل أنه قد سلم صاحب الفندق النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة الأخرى وأخذ هذا على عاتقه حفظها وهو يعرف قيمتها . أو أثبت أن صاحب الفندق قد رفض تسلمها عهدة فى ذمته دون أن يبدى لذلك سبباً معقولا ، أو أثبت أن الحادث قد وقع بخطأ جسيم من صاحب الفندق أو من أحد أتباعه ، جاز له الرجوع بكل القيمة أياً كان مقدارها ولو زادت على خمسين جنيهاً . أما لم إذا يستطع إثبات شىء من ذلك ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولا عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً أو القيمة الحقيقية إذا قلت هذه القيمة عن خمسين جنيهاً[1] .

---

(١) ويرى من ذلك أن صاحب الفندق لا يكون مسئولا ، فيما عدا حالات خاصة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً ، أياً كانت الأشياء ، ثمينة أو غير ثمينة . فهى إذا كانت ثمينة فالتعويض لا يزيد على خمسين جنيهاً ، وإذا كانت غير ثمينة فقيمتها الحقيقية التى يعوض عنها لا تزيد على خمسين جنيهاً . انظر فى التمييز بين الأشياء الثمينة والأشياء غير الثمينة بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٨٩ – وانظر فى أن التعويض قد يجاوز الحد الأقصى الذى عينه القانون إذا أثبت النزيل خطأ فى جانب صاحب الفندق أو أحد أتباعه ، فتسرى عند ذلك القواعد العامة ويجب تعويض الضرر كاملا : نقض فرنسى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٣٥١ – ٨ مارس سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٢٠٣ – ٩ يناير سنة ١٩٤٠ داللوز ١٩٤٠ – ١ – ٤٩ – ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ جازيت دى پاليه ١٩٥٠ – ٢ – ١٣٢ – باريس ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ٢٢٥ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٢٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٦ – ص ١٨٧ – بيدان ١٢ فقرة ٢٨٣(٣) – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٠ ص ٥٣٢ – چوسران ٢ فقرة ١٣٧٣ – أنسكيلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt فقرة ٢٨٩ – محمد على عرفة ص ٥١٥ – ويذهب البعض فى تعليل ذلك إلى أن إثبات خطأ فى جانب صاحب الفندق يجعل مسئوليته تقصيرية ، فيكون مسئولا عن التعويض الكامل . ولكن الصحيح أن خطأ صاحب الفندق يبقى خطأ عقدياً إذ لا يجتمع الخطأ التقصيرى مع الخطأ العقدى ، وينبنى على ذلك أن التعويض ، وإن جاوز الحد الأقصى ، يجب أن يكون مقصوراً على الضرر المتوقع (بيدان ١٢ فقرة ٣٨٣(٣) – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ٢ فقرة ١٢٧٤ ص ٨١٤ – أنسكيلوپيدى داللوز ٢ لفظ Dépôt ٢ فقرة ٢٩١ – نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٩٤٠ داللوز ١٩٤٠ – ١ – ٤٩ – نانسى ٢١ مارس سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعى ١٩٣٦ – ٢٧٨) .

=

ونظراً لهذه المسئولية الجسيمة التى ألقاها القانون على صاحب الفندق ، جعل القانون له منها مخرجاً فأسقط حق النزيل فى الرجوع عليه فى حالتين[1] نصت عليهما المادة ٧٢٨ مدنى فيما رأينا : (١) إذا لم يخطر النزيل صاحب الفندق بسرقة الشيء أوضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك . فإن أبطأ دون عذر مقبول فى هذا الإخطار ، سقط حقه ، إذ يكون قد أضاع على صاحب الفندق الفرصة فى الكشف عن المسئول عن الحادث لو تم الإخطار فى الوقت المناسب[2] . (٢) إذا انقضت ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه النزيل الفندق دون أن يطالب صاحب الفندق قضائياً بحقه ، فإن الدعوى تسقط فى هذه الحالة بالتقادم . والسبب فى تقصير مدة التقادم أن المشرع أراد أن يجعل صاحب الفندق فى مأمن من مطالبة النازلين فى فندقه بعد ستة أشهر من مغادرتهم الفندق ، وهى مدة كافية إذا انقضت دون أن يطالبه النزيل كان من حقه أن يطمئن إلى أنه غير معرض لأية مسئولية . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل التقادم يسرى من وقت انكشاف الضياع أو التلف ، وهو غير منضبط وقد يتأخر فتطول مدة التقادم . فعدلت لجنة المراجعة النص ، وجعلت التقادم يسرى من وقت مغادرة النزيل الفندق « ليكون الأمر

= وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ونظرا لهذا التوسع فى أحوال مسئولية أصحاب الفنادق والخانات رؤى تمشياً مع الحركة التشريعية الحديثة وضع حد أقصى للتعويض الذى يلزمون به . فنصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يكون الحد الأقصى لما يحكم به من تعويض مبلغ خمسين جنيها ، إلا إذا وقع من صاحب الفندق أو الخان أو من أحد تابعيه خطأ جسيم ، فيلزمه تعويض الضرر بأكله وفقاً للقواعد العامة . ويعتبر صاحب الفندق أو الخان مرتكباً خطأ جسيماً إذا تسلم الأشياء لحفظها مع علمه بقيمتها ، أو إذا رفض تسلمها دون مسوغ . ويترك للقاضى تقدير المسوغ ، كما يترك له تقدير الخطأ الجسيم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢ – ص ٢٧٣) .

وفى فرنسا حدد قانون ١٨ أبريل سنة ١٨٨٩ (وقانون ٨ أبريل سنة ١٩١١ بالنسبة إلى المجوهرات) التعويض بما لا يجاوز ألف فرنك ، ثم رفع قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤٨ هذا المقدار إلى عشرين ألفا من الفرنكات .

(١) وهذا عدا تحديد مسئولية صاحب الفندق عن التعويض بما لا يجاوز خمسين جنيهاً ، فهذه وجوه ثلاثة خفف فيها المشرع على صاحب الفندق فى مقابل التشديد فى مسئوليته .

(٢) محمد على عرفة ص ٥١٩ .

محدداً »[1] كما جاء فى الأعمال التحضيرية[2] .

٣٩٣ — الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية : ويجوز الاتفاق على تشديد قواعد المسئولية ، بالرغم مما هى عليه من شدة ، فيجوز الاتفاق مثلا على ألا يتخلص صاحب الفندق من المسئولية إلا إذا أثبت القوة القاهرة ، ولا يكفى أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد وأن الحادث لم يقع من أحد تابعيه أومن أحد المترددين على الفندق . بل يجوز الاتفاق على تحميل صاحب الفندق تبعة القوة القاهرة ، فلا تنتفى بها مسئوليته ، ويكون هذا ضرباً من التأمين . كما أنه يجوز الاتفاق على رفع الحد الأقصى للتعويض فى الأشياء الثمينة إلى أكثر من خمسين جنيهاً ، بل إلى كل قيمتها .

أما الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أوعلى التخفيف منها فمحل للنظر . وقد ورد فى الأعمال التحضيرية فى هذا الصدد فى موضعين ما يجعل هذا الاتفاق باطلا . ورد ذلك أولا فى الوديعة الاضطرارية بوجه عام ، ووديعة الفنادق نوع منها ، حيث ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه لا يجوز الاتفاق فى الوديعة الاضطرارية « على إعفاء الوديع من مسئوليته ولاتخفيف هذه المسئولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب الوديع »[3] . وورد ذلك ثانيا فى وديعة الفنادق بالذات

(١) انظر مع ذلك رأياً يذهب إلى أن علة التعديل هى « احتمال أن يكون سكوت المودع من المطالبة أثناء إقامته بالفندق راجعاً إلى ما قد يبذله له الوديع من الوعود » (محمد على عرفة ص ٥٢٠ هامش ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٣ — وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد رؤى أيضاً ، مقابل التوسع فى تقدير مسئولية صاحب الفندق أوالخان ، إلزام المودع بشىء من اليقظة فى المحافظة على حقوقه أكثر من المعتاد . ففرض عليه أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشىء أوضياعه أوتلفه بمجرد علمه بوقوع شىء من ذلك ، بحيث إذا أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه (م ١٠١٤/١) . والقاضى هو الذى يقدر ما يعتبر إبطاء مسقطاً للحقوق ، ومايعتبر مسوغاً للإبطاء . ولم يكتف من المودع بوجوب الإخطار ، بل يطلب منه نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٤ المبادرة بالمطالبة بحقوقه ، حيث نصت على سقوط دعواه بالتقادم بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى انكشف فيه الضياع أو التلف (هذا وبعد التعديل أصبحت مدة التقادم تسرى من يوم مغادرة النزيل الفندق) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٦٧ فى الهامش . وانظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

حيث طبقت عليها أحكام الوديعة الاضطرارية ، فجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية »[١]. ولكن من جهة أخرى ورد فى موضع ما يفيد أن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية جائز صحيح ، فقد استفسر فى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلاناً يعفى فيه نفسه من المسئولية ، فأجيب « بأنه إذا كان الإعلان صريحاً فى الإعفاء من المسئولية وفى مكان ظاهر يراه النزيل ولم يعترض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولا حتى عن التعويض المخفف ، لأن شرط الإعفاء من المسئولية جائز فى هذه الحالة طبقاً للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع »[٢] .

والعلة فى هذا التضارب ترجع إلى أن المسألة لا تخلو من خلاف . هناك أولا إجماع على أن تعليق إعلان فى غرف الفندق وفى ردهاته يعفى فيه صاحب الفندق نفسه من المسئولية أو يخفف من مسئوليته لا يكفى ، إذا لم يثبت أن النزيل قد رأى هذا الإعلان وقبل ما جاء فيه[٣] . ولكن يبدأ التردد إذا كان النزيل رأى هذا الإعلان وقبله صراحة أو ضمناً بعدم الاعتراض عليه ، ويزيد التردد إذا اشترط صاحب الفندق صراحة بموجب اتفاق خاص تخفيف مسئوليته أو إعفاءه منها . فالرأى الغالب فى الفقه الفرنسى أن الشرط صحيح وتخف به مسئولية صاحب الفندق أو يعفى منها[٤] . ولكن يوجد من الفقهاء من يتردد فى تصحيح هذا الشرط ، إذ أن النزيل إذا قبله يكون مضطراً إلى قبوله ، وقد أراد القانون أن يحميه ، ويرى فى القليل أن الشرط لا أثر له

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٢ – وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٠ – ص ٢٧١ – وانظر آنفاً فقرة ٣٨٩ فى الهامش .

(٣) كان ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ – ٢ – ١٩٠ – إكس ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١ – ٢ – ٣٠٣ – باريس ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ جازيت دى پاليه ١٩٣٤ – ٢ – ٧٣٥ – تولون الابتدائية ٤ يونيه سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢ – ٧٦٩ – لوران ٢٧ فقرة ١٤٦ – هيك ١١ فقرة ٢٦٥ – پون ١ فقرة ٥٤٣ – جيوار فقرة ١٥١ – بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٣٤ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ وهامش ٢ – بلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٢ .

(٤) بودرى وڤال فى الوديعة فقرة ١٢٣٣ – فقرة ١٢٣٦ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ هامش ١٢ – بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٧٥ .

إلا فى نقل عبء الإثبات من عاتق صاحب الفندق إلى عاتق النزيل[1]. وانعقد الإجماع بداهة على أن الشرط لا أثر له فى الإعفاء من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم[2].

ونرى أن الأولى أن تتقيد بأحكام الوديعة الاضطرارية — وليست وديعة الفنادق إلا صورة من صورها المختلفة — فيكون شرط الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها ، ولو كان شرطاً خاصاً صريحاً ، باطلا لا أثر له[3].

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٣ — وقرب جوسران ٢ فقرة ١٣٧٥ .

(٢) بودرى وفال فى الوديعة فقرة ١٢٣٦ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٦ ص ١٨٧ هامش ١٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه ١١ فقرة ١١٩١ ص ٥٣٣ — باريس ١٦ يوليه سنة ١٩٣٤ الأسبوع القضائى (Sem. Jur.) ١٩٣٥ — ٣٧٢ .

(٣) انظر عكس ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٩ — وانظر أيضاً محمد على عرفة ص ٥١٨ — ص ٥١٩ : وهو يذهب إلى أن شرط الإعفاء من المسئولية لا يعفى صاحب الفندق « إلا من المسئولية المترتبة على فعل الغير ، فإذا أثبت المودع أن ضياع الوديعة أو تلفها قد نجم عن فعل الوديع أو أحد تابعيه فإنه يسأل عن التعويض كاملا وفقاً للقواعد المقررة فى المسئولية التقصيرية » .

الحراســـــة

تمهيد (*)

٣٩٤ — التعريف بالحراسة — أركانها : يمكن تعريف الحراسة (séquestre) تعريفاً مستخلصاً من المادة ٧٢٩ مدنى — وسيأتى ذكرها — بأنها وضع مال يقوم فى شأنه نزاع أويكون الحق فيه غير ثابت ، ويتهدده خطر عاجل ، فى يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه[1] . ويوضع المال تحت الحراسة إما باتفاق بين الطرفين المتنازعين فتكون حراسة اتفاقية (séquestre conventionnel) ، وإما بحكم من القضاء فتكون حراسة قضائية (séquestre judiciaire) .

ويتبين مما تقدم أن للحراسة أركاناً ثلاثة : (١) المال الموضوع تحت الحراسة . (٢) الاتفاق على الحراسة أو الحكم الصادر بها . (٣) الحارس الذى يعينه الطرفان أويعينه القاضى . فمتى توافرت هذه الأركان الثلاثة ، قامت الحراسة ، اتفاقية كانت أو قضائية .

(*) مراجع فى الحراسة : جيوار فى القرض والوديعة والحراسة سنة ١٨٩٤ — بودرى وقال فى الشركة والقرض والوديعة الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ — أوبرى ورو وإسمان ٦ الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ — بيدان ١٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ — دى پاچ ٥ — بلانيول وريپير وبولانچيه ٢ الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ — چوسران ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ — أنسيكلوپيدى داللوز ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Séquestre — تعليق ساڤاتييه على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٦٩ .

عبد الحكيم عبد الحميد فراج فى الحراسة القضائية فى التشريع المصرى المقارن الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ — محمد على رشدى فى قاضى الأمور المستعجلة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ — محمد على راتب فى قضاء الأمور المستعجلة الطبعة الرابعة (ومعه محمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب) سنة ١٩٦٠ — محمد عبد اللطيف فى القضاء المستعجل الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ — محمد كامل مرسى فى العقود المسماة سنة ١٩٤٩ — محمد على عرفة فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية سنة ١٩٥٠ .

وفى إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

(١) محمد على عرفة ص ٥٢١ .

٣٩٥ — أحكام الحراسة هي أحكام الوديعة والوكالة : وسنرى أن المادة ٧٣٣ مدنى تقضى بأن تطبق على الحراسة فى الأصل أحكام الوديعة والوكالة . فالمال الموضوع تحت الحراسة هو فى يد الحارس وديعة عنده ، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة . ولكن الحارس لا يقتصر ، كما يقتصر المودَع عنده ، على حفظ المال ، بل يجب عليه أيضاً أن يديره وأن يقدم حساباً عن إدارته ، ومن ثم تطبق أحكام الوكالة . والذى يغلب على الحارس هو صفة المودع عنده لا صفة الوكيل ، فهو فى الأصل مكلف بحفظ المال ، وعليه أن يديره فى أثناء ذلك .

والحراسة ليست إلا صورة خاصة من صور الوديعة ، وهى الصورة الأعم انتشاراً والأكثر وقوعاً فى العمل . على أن هناك فروقاً بين الحراسة والوديعة العادية أهمها ما يأتى [1] : (١) الحراسة فى الأصل تكون فى الأشياء المتنازع عليها ، بخلاف الوديعة . (٢) الحراسة تكون اتفاقية أوقضائية ، بل إن الحراسة القضائية هى التى يغلب وقوعها فى العمل ؛ وإذا أطلقت الحراسة انصرفت إليها إذ يندر وقوع الحراسة الاتفاقية . أما الوديعة فلا تكون إلا اتفاقية ، إذ أن مصدرها العقد كما رأينا . (٣) يغلب أن تقع الحراسة على العقار وإن كان يجوز وقوعها على المنقول ، أما الوديعة فيغلب وقوعها على المنقول وإن كان يجوز وقوعها على العقار . (٤) الحراسة تكون فى الأصل بأجر مجز وإن صح أن تكون بغير أجر ، أما الوديعة فتكون فى الأصل بغير أجر وإن صح أن تكون بأجر زهيد . (٥) فى الحراسة يكلف الحارس بإدارة المال الموضوع تحت حراسته ، أما فى الوديعة فيقتصر المودَع عنده على حفظ المال دون إدارته وإن كان يصح أن يؤذن له فى استعماله . (٦) فى الحراسة يلتزم الحارس فى الأصل بالاستمرار فى الحراسة إلى أن تنتهى ، أما فى الوديعة فيجوز فى الأصل أن يرد المودَع عنده الوديعة قبل انتهاء العقد إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع على الوجه الذى سبق بيانه . (٧) فى الحراسة يرد الحارس المال لمن يثبت له الحق فيه وهو غير معروف عند بدء الحراسة ، أما فى الوديعة فيرد المودَع عنده المال إلى المودع

---

(١) انظر فى هذه الفروق بودرى وڤال فقرة ١٢٥٤ ص ٦٧٥ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٦ — محمد على عرفة ص ٥٢٢ — ص ٥٢٣ .

بمجرد أن يطلبه هذا الأخير إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع عنده على الوجه الذي سبق بيانه[١] .

وكما تتميز الحراسة عن الوديعة في الفروق التي أشرنا إليها ، تتميز كذلك عن الوكالة في فروق أهمها ما يأتي : (١) في الحراسة يقوم الحارس بإدارة المال وليس له في الأصل أن يتصرف فيه ، أما في الوكالة فالوكيل قد يوكل في الإدارة وقد يوكل في التصرف وفي التبرع وفي سائر التصرفات القانونية . (٢) وحتى إذا اقتصرت الوكالة على الإدارة ، فالأصل في الحراسة أن يحفظ الحارس المال وإدارته له تأتي تبعاً للحفظ ، أما في الوكالة فالأصل أن يدير الوكيل المال وحفظه إياه يأتي تبعاً للإدارة . (٣) في الحراسة يتقاضى الحارس في الأصل أجراً مجزياً ومن ثم تكون الحراسة غالباً من عقود المضاربة ، أما في الوكالة فالأصل ألا يتقاضى الوكيل أجراً أو يتقاضى أجراً لا يقصد من ورائه الربح فالوكالة ليست من عقود المضاربة . (٤) وإذا تقاضى كل من الحارس والوكيل أجراً فأجر الحارس لا يجوز تعديله ، أما أجر الوكيل فيجوز إنقاصه أو زيادته . (٥) الحارس في بدء الحراسة لا يعلم لمن يرد المال إذ هو ملتزم برده لمن يثبت له الحق فيه ، أما الوكيل فيعلم منذ البداية أنه ملزم برد المال للموكل . (٦) لا تنتهي الحراسة بموت من يثبت له الحق في المال بل تحل ورثته محله ، وتنتهي الوكالة في الأصل بموت الموكل .

٣٩٦ — الأهمية العملية للحراسة وتنظيمها التشريعي : لم يرد في التقنين المدني القديم غير نصوص مقتضبة في الحراسة ، وهذا بالرغم من أن الحراسة — وبخاصة الحراسة القضائية — اتخذت في العمل أهمية كثيرة . فكثيراً ما تبدأ الخصومات بدعاوى الحراسة كإجراء موقت تقصد به المحافظة على مصالح الخصوم ، انتظاراً للبت في الموضوع وقد لا يبت فيه إلا بعد مدة طويلة . لذلك تكثر قضايا الحراسة كثرة زائدة ، سواء أمام محكمة الموضوع أو بوجه خاص

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « الحراسة والوديعة عقدان من نوع واحد ، يختلفان في أن الحراسة لا ترد إلا على مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، وأن الحارس مكلف بإدارة المال ، وأنه يرده إلى من يثبت له الحق فيه سواء أكان هو واضع اليد عليه قبل الحراسة أم لا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٥) .

أمام القضاء المستعجل[١] . وقد عنى التقنين المدنى الجديد باستعراض أحكام القضاء الكثيرة فى هذا الموضوع ، واستخلص منها فى عدد غير قليل من النصوص المبادئ والقواعد التى استقر عليها القضاء ، ورتبها الترتيب المنطقى الواجب [٢] .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولم يرد فى شأن الحراسة فى التقنين الحالى (القديم) غير مادتين مقتضبتين تخللتا النصوص المتعلقة بالوديعة . ولكن الحراسة ، وعلى الأخص الحراسة القضائية ، قد اتخذت فى العمل أهمية كبرى ، حتى أصبح الخصوم كثيراً ما يلجأون إليها . وتوسع القضاء فى أحوالها ، حتى زخرت المجاميع بأحكامه فى شأنها . وكان أكثر هذا القضاء اجتهادياً لقلة النصوص التى يستند إليها . فكان حرياً بهذا المشروع أن ينظر فى هذا القضاء ليستنبط منه المبادئ والقواعد التى ينبغى أن يتضمنها التشريع الجديد فيما يتعلق بالحراسة . وقد تضمن المشروع عشر مواد فى الحراسة ، مرتبة ترتيباً منطقياً . فبدأ بتعريف الحراسة باعتبارها عقداً ، ثم نص على أحوال الحراسة القضائية ، وخص حراسة الوقف ببعض أحكامه ، ثم بين حقوق الحارس والتزاماته ، وانتهى ببيان طرق انقضاء الحراسة وأحكامها »[٣] .

٣٩٧ — خطة البحث : ونبحث الحراسة فى فصول ثلاثة : الفصل الأول فى قيام الحراسة ، والفصل الثانى فى آثار الحراسة (التزامات الحارس وحقوقه) ، والفصل الثالث فى انتهاء الحراسة .

---

(١) وهناك غير الحراسة القضائية حراسات إدارية تعددت صورها فى العصر الحاضر . منها الحراسة على أموال الأعداء وتقع عادة فى أثناء الحروب ، ومنها حراسات إدارية أخرى لأغراض اقتصادية وسياسية وتقع عادة فى أثناء الانقلابات السياسية . وكل هذا يخرج عن نطاق البحث ، ولا يدخل فى دائرة القانون المدنى .

(٢) ويبدو أن الحراسة ، وبخاصة الحراسة القضائية ، ذات نطاق أوسع فى القانون المصرى منها فى القانون الفرنسى ، لا فحسب من ناحية الأحوال التى يجوز فيها فرض الحراسة ، بل أيضاً من ناحية السلطة التى يخولها القانون للحارس فى إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته وفى التصرف فيها . ومن ثم لا يجوز الرجوع إلى القضاء والفقه الفرنسيين فى الفروض الكثيرة التى يخالف فيها القانون المصرى القانون الفرنسى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٥ .

الفصل الأول

قيام الحراسة

٣٩٨ — الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية : الحراسة ، كما قدمنا ، تكون اتفاقية أو قضائية . فنتكلم فى قيام كل منهما :

الفرع الأول

قيام الحراسة الاتفاقية

٣٩٩ — نص قانونى : تنص المادة ٧٢٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه »[١] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٩٠/٥٩٩[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٢٩ — ولامقابل للنص فى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٦ — ص ٢٧٧) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٤٩٠/٥٩٩ : إذا حصل الإيداع بسبب نزاع واقع فى الوديعة ، فليس لحافظها أو لحارسها المعين لها أن يسلمها إلا لمن يتعين لاستلامها باتفاق جميع الأخصام أو بأمر المحكمة .

(وأحكام التقنين المدنى القديم ، على اقتضاب النص ، تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

التقنين المدنى العراقى ـ ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧١٩[1].

٤٠٠ — الحراسة الاتفاقية هى عقد وديعة تتميز بخصائص معينة : ويتبين من النص سالف الذكر أن الحراسة الاتفاقية هى عقد وديعة ، ففيها يعهد إلى شخص بمال يحفظه ويرده عند انتهاء العقد . ولكنها وديعة تتميز بخصائص معينة[2] أهمها ما يأتى :

١ ـ الشىء المودع ، عقاراً كان أو منقولا أو مجموعاً من المال[3] ، متنازع عليه ، أو الحق فيه غير ثابت كأن يكون هذا الحق معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ .

٢ ـ ولا يقتصر المودَع عنده أى الحارس على حفظ المال ، بل يجب عليه أيضاً أن يديره وأن يقدم حساباً عنه ، فيعتبر إذن وكيلا فى الإدارة ، إلى جانب أنه مودَع عنده فى الحفظ ، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة والوكالة فيما لم يرد فيه اتفاق أو نص مخالف .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٢٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧١٩ : الحراسة هى إيداع شىء متنازع عليه بين يدى شخص ثالث ، ويجوز أن يكون موضوع الحراسة أموالا منقولة أو ثابتة ، وهى تخضع للأحكام المختصة بالوديعة العادية وللأحكام الآتية .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) وقد سبق أن ميزنا بين الحراسة بقسميها الاتفاقية والقضائية وبين الوديعة العادية (انظر آنفاً فقرة ٣٩٥) ، والآن نميز بين الحراسة الاتفاقية والوديعة .

(٣) ومثل المجموع من المال المتجر والشركة والتركة (نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ — ١ — ٤٦٧ — ١٣ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ١ — ٥٣٠ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٦ — ١ — ٣٣٣ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٦٩) . ولكن المجموع من المال لا يجوز أن يكون مجموع ما يملكه الشخص ، فإنه لا يجوز غل يد الشخص عن مجموع أمواله إلا فى حالات الحجر والإفلاس والإعسار (نقض فرنسى ١٠ يوليه سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦ — ١ — ٣١٣ — ١٣ نوفبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ — ١ — ٣٤ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٢ ص ٥٣٣ هامش ٣) .

٣ – ويرد الحارس المال إلى من يثبت له الحق فيه ، بعد البت فى النزاع الذى كان قائماً فى شأنه . ويجوز أيضاً رد المال لمن يتفق الخصوم المتنازعون عليه من بينهم أو من غيرهم ، وقد كان التقنين المدنى القديم (م ٤٩٠/ ٥٩٩)[1] صريحاً فى هذا المعنى[2] . ولا يجوز للحارس أن يرد المال قبل أن يتعين من يقع له الرد ، بالبت فى النزاع أو باتفاق الخصوم المتنازعين . ومع ذلك إذا كان الحارس غير مأجور – وهذا نادر – جاز له رد الوديعة إلى الخصوم جميعاً قبل الميعاد ، إذا طرأت عليه أسباب مشروعة يتعذر عليه معها أن يستمر حافظاً للمال[3] .

٤٠١ – الاتفاق على الحراسة يغنى عن توافر شرط الخطر العاجل الواجب توفره فى الحراسة القضائية : وسنرى فيما يلى أن الحراسة القضائية تقتضى توافر شرط قيام الخطر العاجل ، أما الحراسة الاتفاقية فالاتفاق عليها بين الخصوم يغنى عن تحرى توافر هذا الشرط . ويكفى أن يكون الخصوم قد اتفقوا على وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة ، حتى يفترض أن هناك خطراً عاجلا يستدعى وضع المال تحت الحراسة ، وأنه بذلك قد قامت إحدى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ فى الهامش .

(٢) وكذلك ورد نص فى التقنين المدنى الجديد (م ٢/٧٣٨) يقضى ، عند انتهاء الحراسة الاتفاقية أو القضائية ، بما يأتى : « وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشىء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضى » .

وانظر فى أنه إذا تعددت أطراف النزاع وتخلف واحد منهم عن التعاقد مع الحارس ، اعتبر الآخرون متعاقدين عنه بطريق الفضالة ، فيترتب على ذلك وجوب اتفاقهم جميعاً – وفيهم المتخلف عن التعاقد – على الرد قبل الميعاد وعلى الشخص الذى يرد إليه المال : جيوار فقرة ١٧٠ – بودرى وثال فقرة ١٢٦١ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص ١٨٨ هامش ٢ – محمد على عرفة ص ٥٥٧ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٨٢ – جيوار فقرة ١٦٩ – بودرى وثال فى الوديعة فقرة ١٢٦٢ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٨٤ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يفهم من هذا التعريف أن الحراسة عقد يتم بين شخصين متنازعين أو بينهما حق غير ثابت وبين شخص آخر يوكل إليه حفظ المال المتنازع عليه ، وأنها تكون فى العقار كما تكون فى المنقول أو فيهما معاً ، وأن الحارس كالوديع يقوم بحفظ المال ورده عند انتهاء الحراسة . لكنه يختلف عنه فى أنه يقوم بإدارة المال ، وفى أنه يرده إلى من يثبت له الحق فيه من الطرفين المتنازعين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٧) .

حالات الحراسة فواجهها الخصوم بهذا الاتفاق . فلا يبحث بعد ذلك ، كما يبحث فى الحراسة القضائية على ما سنرى ، هل هناك خطر عاجل فنكون فى حالة من حالات الحراسة ، فإن ذلك قدبت فيه الخصوم باتفاقهم على الحراسة ، ولا معقب عليهم فى ذلك(١) .

وتبقى الحراسة الاتفاقية ، كالحراسة القضائية ، إجراء مؤقتاً لامساس له بالموضوع ، وله صفة التحفظ . وكذلك تبقى الحراسة الاتفاقية خاضعة لنفس الأحكام التى تخضع لها الحراسة القضائية من حيث الآثار التى تترتب عليها والتزامات الحارس وحقوقه وانتهاء الحراسة ، وسيأتى تفصيلها فيما يلى :

٤٠٢ — للاتفاق على الحراسة صورتان :الاتفاق على الحراسة يبرم عقب قيام النزاع بين الخصوم على المال . فيتفقون على وضع المال الذى قام بشأنه النزاع تحت حراسة شخص يعينونه بالاتفاق فيما بينهم .

على أن الاتفاق على الحراسة قد يكون فى صورة أخرى ، يبرم قبل قيام النزاع كشرط يتفق عليه فى التعامل . مثل ذلك أن يتفق بائع السيارة مع المشترى على أنه إذا تخلف المشترى عن دفع أقساط ثمن السيارة فى مواعيدها ، وضعت السيارة تحت الحراسة حتى يستوفى البائع ما تأخر من الأقساط . فهنا قد تم الاتفاق على الحراسة ، ولكن قبل قيام النزاع ، وجعلت الحراسة مشروطة بقيامه . ومثل ذلك أيضاً أن يتفق مؤجر الأرض الزراعية مع مستأجرها على أنه إذا زرع المستأجر محصولا معيناً منع منه بموجب عقد الإيجار ، أو إذا قصر فى العناية بالأرض ، أو إذ أخل بشروط العقد ، وضعت الأرض تحت الحراسة وكلف الحارس بتنفيذ ما اتفق عليه الطرفان فى عقد الإيجار (٢) . والحراسة فى هذه الأمثلة حراسة اتفاقية ، ولكنها لا تقوم إلا إذا

---

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٥ — ٨ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧١ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ — ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ — ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ — ٤ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١ — وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الحراسة الاختيارية تستلزم اتفاق شخصين تتعارض مصلحتهما ويتنازعان فى منقول أو فى عقار ، فيودع تحت حراسة شخص ثالث حتى ينتهى النزاع (استئناف وطنى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٤ ص ٢٧٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٥ (اشتريا عيناً على الشيوع ، واتفقا على أن من يتأخر منهما فى دفع الأقساط المستحقة عليه يقبل وضع العين تحت حراسة الآخر =

تحقق شرطها . فإذا ما تحقق الشرط ، وجب وضع المال تحت الحراسة تنفيذاً للاتفاق . وعند الخلاف يرفع الأمر إلى محكمة الموضوع ، إلا إذا توافر ركن الاستعجال فيرفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة[1] .

٤٠٣ — طرفا الحراسة الاتفاقية : وعقد الحراسة الاتفاقية ، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود ، له طرفان :

= بحكم من قاضى الأمور المستعجلة) — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩(اتفق البائع مع المشترين لمحرك لإدارة مصنع لعمل الثلج على أنه إذا تأخر المشترون عن دفع الثمن وضع المحرك تحت حراسة البائع) — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ (فتح مصرف لأحد عملائه اعتماداً مضموناً برهن رسمى واشترط فى عقد فتح الاعتماد أن له الحق فى وضع الأعيان المرهونة تحت الحراسة إذا تأخر العميل فى الوفاء بما عليه) — ٨ يناير سنة١٩٣٦ م٤٨ ص٧١ (نص فى عقد الرهن على حق الدائن فى طلب وضع الأعيان المرهونة تحت الحراسة حتى يتم نزع الملكية) — ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص١٧٦ (شرط الدائن أن يكون له الحق فى وضع يده على العقار المرهون بصفته حارساً إذا تأخر المدين فى الوفاء بالدين،وتتحقق حالة الاستعجال إذا لم يكف العقار المرهون للوفاء بالدين) — مصر الكلية أول أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٤٧ ص ١٤٦٥ (وضع العين المرهونة تحت حراسة الدائن فى حالة تقصير المدين فى الوفاء) — وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٨ — ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٢ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧م ٤٠ ص ٤٧ — ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٥ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ — مصر الكلية ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٥٦ ص ١٤٦١ .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٥ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩ — ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٦ — ٣ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت ٣٩ رقم ٣٢٤ص٢٥٠ — نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٩٢٠ داللوز ١٩٢١ — ١ — ٧١ — محمد على عرفة ص ٥٥٧ — ص ٥٥٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٣ هامش ١ .

فإذا لم يتوافر شرط الاستعجال لم يكن قاضى الأمور المستعجلة مختصاً ، ولو اتفق الطرفان على اختصاصه (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة١٩٢٦ م ٣٨ ص٢٦٥— مصر مستعجل٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٥٨ ص ١٠١ — عبد الحكيم فراج فقرة ١١٧ — محمد على راتب فقرة ٣٨١ ص ٩٥٠ — ص ٩٥١ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٣ — وقارن محمد على رشدى فقرة ١٠٩ — فقرة ١١٣ — استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٩ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩) .

وإذا أقرت المحكمة وضع المال تحت الحراسة ، عينت أيضاً الحارس إذا لم يتفق الطرفان على تعيينه ، وتبقى الحراسة مع كل ذلك حراسة اتفاقية (استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٧) .

(الطرف الأول) هو الخصمان المتنازعان أو الخصوم المتنازعون على المال . فهؤلاء كلهم طرف فى العقد ، وإذا اقتصر أحد الفريقين المتنازعين على التعاقد دون الفريق المتنازع الآخر ، لم يكن العقد حراسة اتفاقية ، بل هو وديعة عادية ، ويجب على المودَع عنده أن يرد الوديعة إلى الفريق الذى تعاقد معه دون الفريق الآخر وفقاً للأحكام العامة فى الوديعة[1] .

(والطرف الثانى) هو الحارس . فالفريقان المتنازعان هما إذن اللذان يقرران مبدأ الحراسة ويختاران شخص الحارس[2] . ويتعهد الحارس بموجب عقد الحراسة للفريقين المتنازعين بأن يقوم بحفظ المال وإدارته ، ثم رده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه بعد البت فى النزاع ، أو لمن يتفق عليه الفريقان المتنازعان والغالب أن يكون أحدهما ولكن يصح أن يكون أجنبياً[3] .

---

(١) ترولون فقرة ٢٤٩ – لوران ٢٧ فقرة ١٦٣ – پون ١ فقرة ٥٤٧ – جيوار فقرة ١٦٤ وفقرة ١٦٦ – بودرى وڤال فقرة ١٢٥٥ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ هامش ١ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٨٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٨ ص ٤٥٣ هامش ١ .

(٢) فإذا مات الحارس الذى عينه المتنازعان أو حجر عليه أو عزل قبل انتهاء النزاع أو تنحى لعذر مقبول ، ولم يتفق المتنازعان على حارس آخر يحل محله ، جاز للمحكمة أو لقاضى الأمور المستعجلة بحسب الأحوال أن يقوم بتعيين حارس آخر (پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٣) . كذلك يجوز للمحكمة أو لقاضى الأمور المستعجلة عزل الحارس المعين باتفاق الطرفين إذا أساء الإدارة أو ارتكب ما يستوجب عزله (استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٥ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٤) .

(٣) ويمكن أن نتصور حراسة اتفاقية يتفق فيها الخصوم على مبدأ الحراسة دون أن يتفقوا على شخص الحارس ، وفى هذه الحالة تبقى الحراسة اتفاقية ، وتتولى المحكمة تعيين الحارس الاتفاقى على الوجه الذى تعين به الحارس القضائى ، وسيأتى بيان كيف يعين الحارس القضائى (انظر ما يلى فقرة ٤٤٩ وما بعدها) . وهذا ما يقضى به التقنين المدنى ، إذ تنص المادة ٧٣٢ من هذا التقنين على أن « يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية ، باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية ، فهناك مسألتان منفصلتان : أولاهما وضع المال تحت الحراسة ، والثانية تعيين شخص الحارس . والمسألة الأولى هى التى تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية ، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أو حكمت المحكمة بها فإن أمر تعيين الحارس يترك فى كلا الحالين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه ، وإلا فتقوم به المحكمة المختصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٧) .

=

فالدائن بالرد إذن هو شخص غير معين ، ولكنه قابل للتعيين[1].

الفرع الثانى
قيام الحراسة القضائية

٤٠٤ — الشرط فى الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال أى خطر عاجل : يشترط فى جميع أحوال الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال ، وهو ما يسميه التقنين المدنى فى المادة ٧٣٠ منه كما سنرى « خطرا عاجلا » ، وما يسميه تقنين المرافعات فى المادة ٤٩ منه عند الكلام فى اختصاص القضاء المستعجل « المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت » . والشرط مطلوب فى جميع أحوال الحراسة القضائية كما قدمنا ، وهو منصوص عليه فى بعض هذه الأحوال ومفهوم ضمناً فى الأحوال الأخرى[2] .

= وفى حالة ما يتفق الخصمان على مبدأ الحراسة ويعين القاضى شخص الحارس ، يكون هناك عقد أولى (avant contrat) طرفاه الخصمان وقد اتفقا على الحراسة فى ذاتها ، وعندما يعين القاضى شخص الحارس ، فإن قبول هذا الحارس لمهمته يجعله طرفاً فى عقد يلى العقد الأول . وهذا العقد الثانى هو عقد الحراسة ، أحد طرفيه الخصمان المتنازعان وقد أوجبا عقد الحراسة باتفاقهما على مبدأ الحراسة ، والطرف الآخر هو الحارس الذى عينه القاضى وقد قبل هذا الإيجاب بقبوله أن يكون حارساً .

(١) والدائن بالرد هو الذى يلتزم برد المصروفات إلى الحارس ، حتى لو لم يكن طرفاً فى عقد الحراسة ، إذ هو الذى أفاد من هذه المصروفات (جيوار فقرة ١٧١ — بودرى وثال فقرة ١٢٦٣ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص ١٨٩) . وهذا الدائن هو الذى يلتزم بدفع الأجر للحارس إذا كان طرفاً فى عقد الحراسة ، أما إذا لم يكن طرفاً فإنه لا يكون ملزماً بدفع الأجر (بودرى وثال فقرة ١٢٦٤ — عكس ذلك محمد على عرفة ص ٥٥٦) . ويبقى ملزماً بدفع الأجر من تعاقد مع الحارس من الأطراف المتنازعين ، ولو لم يثبت لهم الحق فى المال (جيوار فقرة ١٧١ — بودرى وثال فقرة ١٢٦٤) .

وإذا تعدد المدينون للحارس بدفع الأجر أو برد المصروفات ، كانوا متضامنين تطبيقاً لأحكام الوكالة (بون ١ فقرة ٥٤٩ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٨ ص ١٨٩ هامش ٣ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ٨ : بالتضامن — وقارن لوران ٢٧ فقرة ١٦٧ — هيك ١١ فقرة ٢٦٩ — عكس ذلك جيوار فقرة ١٧١ — بودرى وثال فقرة ١٢٦٥) .

(٢) ويستوى فى ذلك أن تكون دعوى الحراسة مرفوعة أمام القضاء المستعجل أو أمام قاضى الموضوع (محمد على عرفة ص ٥٣٥ — وقارن استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨) .

والخطر العاجل هو خطر فورى يهدد مصلحة ذى الشأن(١) ، ولا يدفعه إلا وضع المال تحت الحراسة . وتقدير ما إذا كان هناك خطر عاجل يتوقف على ظروف كل حالة ، فيختلف من حالة إلى أخرى بحسب تغير هذه الظروف . ولذلك كان الخطر العاجل أمراً تقديرياً متروكاً إلى قاضى الموضوع ، ولامعقب عليه فى ذلك من محكمة النقض(٢) . فيكون هناك خطر عاجل إذا وقع نزاع على ملكية المال أو على حيازته وكان بقاء المال فى حيازة واضع اليد يخشى منه ضياعه أو تلفه أوتبديد الريع . ويتحقق الخطر العاجل فى إدارة المال الشائع إذا وقع خلاف بين الشركاء بحيث يصبح بعضهم مهددا بضياع نصيبه فى الريع ، أو بحيث يصبح المال نفسه مهدداً بنزع الملكية لعدم سداد الضرائب أو أقساط الدين(٣) . ويتوافر شرط الخطر العاجل فى التركة إذاقام خلاف بين الورثة على قيمة نصيب كل منهم ، أو على قسمة أموال التركة ، أو على إدارتها(٤) . وسنرى تفصيلا كيف يتمثل الخطر العاجل فى

---

(١) استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير الخطر الموجب وضع الأموال المتنازع عليها تحت الحراسة هو من المسائل الموضوعية التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض على قاضى الموضوع (نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨ – وانظر أيضاً : نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ – ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٠٠ ص ١٢٥٣ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٧ ص ٥٥٣ – ٧ يوليه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٤ ص ١٣٧٦) .

(٣) أما إذا قام نزاع فى شأن حساب الإدارة من حيث صحة الأرقام ومطابقتها للحقيقة ، فإن ذلك لا يكفى لفرض الحراسة ، إذ أن مآل الفصل فى النزاع لا ينطوى إلا على احتمال انشغال ذمة المدعى عليه بمبلغ معين ، وهذا الاحتمال على فرض تحققه لا يمنع من استمرار المدعى عليه من وضع يده على المال (استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ – ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ – أول يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٦ ص ٢٣٥) . وكذلك مطالبة ناظر الوقف بالحساب أو المنازعة فى كشوف لا يبرر وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة ، بخلاف ما إذا كانت هناك مطالبة بعزل الناظر (استئناف مصر ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ – ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ : وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين) – وانظر محمد على عرفة ص ٥٣١ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٢ ص ٤٦٣ – ص ٤٦٤ – ولا تفرض الحراسة على أرض فضاء لا يخشى عليها من أى خطر (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٨) .

(٤) ويتوافر شرط الخطر العاجل إذا خشى على العين موضوع النزاع من وجودها تحت =

أحوال الحراسة القضائية المتنوعة التى سنعرض لها فيما يلى . ويكفى هنا أن نبين أن الخطر العاجل يكمن فى طبيعة الحالة التى تستوجب الحراسة القضائية ، ولاشأن لها بإرادة الخصوم . فإذا رأى القاضى أن الخطر العاجل غير متحقق ، حكم برفض الحراسة القضائية حتى لو كان الخصوم جميعاً متفقين على وجود هذا الخطر ، وذلك مع عدم الإخلال بما قدمناه فى الحراسة الاتفاقية من أن اتفاق الخصوم يغنى عن تحرى شرط الخطر العاجل[1] . والعكس صحيح ، فاتفاق الخصوم على انتفاء الخطر العاجل لا يمنع من قيامه[2] . ومن القرائن على انتهاء الخطر العاجل أن يمضى وقت طويل على الحالة قبل أن يتحرك ذو الشأن ويطلب الحراسة[3] . ولكن القرينة غير قاطعة فقد يمضى وقت طويل والخطر آخذ فى التفاقم فيدفع ذلك أخيراً صاحب المصلحة إلى طلب الحراسة ، ولايؤخذ عليه سكوته مدة طويلة إذ أن تفاقم الخطر ينفى مظنة انتفائه[4] .

= يد الخصم ، بالنظر إلى إعساره فى الحال ، أو ترجيح إعساره فى المستقبل (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٥ ص ٩٢ – استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٣) . ولكن إذا كانت العين أرضاً غير مزروعة لا يخشى عليها من تركها تحت يد حائزها إلى أن تنتهى إجراءات قسمتها ، فلا يتوافر شرط الخطر العاجل ، ولا محل لوضعها تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٨ يونيه سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠١ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٤ – محمد على راتب فقرة ٣٢٠ ص ٨٣٠ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٢ ص ٢٢٤ – مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٨ . وقارن استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٧٧ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٨ – محمد على راتب فقرة ٣٢٠ ص ٨٣٠ – محمد على عرفة ص ٥٣٤ – مصر مستعجل ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٦١ ص ١٣٢ – ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ١٠١ – ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٤ ص ١٢٣٢ – بنى سويف الجزئية أول أكتوبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٩٨ ص ٧٢٦ – الدلنجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٥٣ ص ١٢٩ – استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت ٣٩ رقم ٣٢٤ ص ٢٥٠ – فسكوت الوارث عن رفع دعوى الحراسة عقب وفاة المورث لا يمنعه من رفعها إذا قام النزاع بعد مدة طويلة (استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٥٨ – استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٠ – =

والخطر العاجل والاستعجال ليسا أمرين مختلفين ، بل هما أمر واحد . فحيث يوجد خطر عاجل يكون الأمر مستعجلا ، ويدخل فى اختصاص القضاء المستعجل كما يدخل فى اختصاص محكمة الموضوع باعتباره أمراً مستعجلا يقتضى اتخاذ إجراء تحفظى هو وضع المال تحت الحراسة القضائية . وهناك من فرق بين الخطر العاجل والاستعجال ، فجعل الاستعجال درجة أعلى فى الخطر ، وحتم وجود الخطر العاجل شرطاً موضوعيا فى جميع دعاوى الحراسة القضائية سواء رفعت أمام محكمة الموضوع أو أمام القضاء المستعجل ، واستبقى الاستعجال شرطاً لاختصاص القضاء المستعجل بهذه الدعاوى . فإذا رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع ، فما على المحكمة إلا أن تتثبت من وجود الخطر العاجل . أما إذا رفعت أمام القضاء المستعجل ، فعلى القاضى أن يتثبت أولا من وجود الخطر العاجل كشرط موضوعى للحكم بالحراسة ، وأن يتثبت ثانيا من وجود الاستعجال — وهو درجة أعلى فى الخطر كما قدمنا — كشرط لاختصاصه بنظر الدعوى[1] . ولكن هذا التفريق لا مبرر له ، فليست هناك درجات متفاوتة فى الخطر العاجل ، ومادام الخطر عاجلا فهذا هو الاستعجال الذى يعقد للقضاء المستعجل اختصاصه ، وقد استعمل تعبير « الخطر العاجل » فى دعاوى الحراسة مقابلا ومطابقاً لتعبير « الاستعجال » فى اختصاص القضاء المستعجل[2] .

ويخلص مما قدمناه أن شرط الخطر العاجل هو شرط موضوعى ، حتى لو رفعت دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل . ويترتب على ذلك ما يأتى : (١) إذا رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل ، ورأى القاضى أن الشرط

= عكس ذلك مصر مستعجل أول أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢١ ص ٤١) . ولكن استئناف الحكم بعد ثلاثة عشر شهراً من صدوره قرينة على عدم قيام الاستعجال ، والقول بأن ظروفا جدت يقتضى أن ترفع دعوى مبتدأة بالحراسة (استئناف مختلط ٢٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٢٠) .

(١) استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨ — محمد على راتب فقرة ٣١٩ — فقرة ٣٢٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٤٩ — محمد على رشدى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٩ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٢ .

لم يتوافر ، جاز أن يحكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص[١] . (٢) وإذا رفض القضاء المستعجل دعوى الحراسة لعدم توافر الشرط ، لم يجز رفعها من جديد أمام محكمة الموضوع إذ الدعوى قد تخلف فيها شرط موضوعي فيتعين رفضها حتى أمام محكمة الموضوع[٢] ، وذلك ما لم تتغير الحالة وتنشأ ظروف جديدة يتحقق معها قيام الخطر العاجل . (٣) وإذا رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع ، جاز الدفع بانتفاء الخطر العاجل فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، حتى أمام محكمة الاستئناف لأول مرة . (٤) ولا يجوز رفع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع إلا كإجراء وقتى تابع للدعوى بأصل الحق ، فلا ترفع أمام هذه المحكمة كدعوى مستقلة ، ذلك أنها بطبيعتها دعوى تحفظ وقتى ، وهى هى لم تتغير طبيعتها سواء رفعت أمام القضاء المستعجل أو رفعت أمام محكمة الموضوع ، فإن رفعت أمام هذه المحكمة الأخيرة رفعت كإجراء وقتى تابع لدعوى أصلية[٣] .

٤٠٥ — طبيعة الحراسة القضائية : والحراسة القضائية بطبيعتها إجراء تحفظى ويستتبع ذلك أن تكون إجراء وقتياً لا يمس الموضوع .

---

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٣ : ويذهب إلى أن القاضى المستعجل يحكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص ، ولكن يبدو أنه يجوز للقاضى المستعجل أن يحكم برفض الدعوى كما يجوز له أن يحكم بعدم الاختصاص ، إذ الخطر العاجل أمام القضاء المستعجل هو شرط موضوعى وشرط اختصاص فى وقت واحد . انظر فى أن القاضى المستعجل لا يحكم إلا بعدم الاختصاص : محمد على راتب فقرة ٣٢٠ ص ٨٣٣ .

(٢) محمد على رشدى فقرة ٢٠٥ ص ٢٨٩ — ص ٢٩٠ — مصر مستعجل ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٩١١ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٤٨٥ .

(٣) انظر عكس ذلك وأنه يجوز وضع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع كدعوى أصلية ومنفصلة عن دعوى أصل الحق : محمد على راتب فقرة ٣١٩ ص ٨٢٨ هامش ١ .

هذا وينتفى الخطر العاجل إذا كان القانون قد رسم طريقاً آخر يغنى عن الحراسة ، كحق الحبس . وقد قضى بأنه ليس للمقاول ، إذا كان ملتزماً بأن يبنى عينا وأن يسلمها فى موعد معين وكان يدعى حقاً قبل صاحب البناء ، أن يطلب تعيين حارس على العين على اعتبار أن الحراسة هى الطريق الوحيد للتوفيق بين حقه فى الحبس وواجبه فى التسليم ، لأن المقاول إما أن يكون ذا حق فى مبلغ لا يزال فى ذمة صاحب البناء وعندئذ فحقه فى الحبس يعفيه من واجب التسليم ، أو لا يكون له مبالغ قبله وعندئذ لا يكون من حقه أن يحبس البناء تحت يده ، ويكون عليه أن يسلم البناء فوراً لصاحبه ، وفى الحالتين لا تناقض بين حق المقاول وواجبه حتى يستعان بالحراسة على محو هذا التناقض (اسكندرية مستعجل ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٣٠١ ص ٦٥٠) .

فهى أولا إجراء تحفظى . ومن ثم لايصح أن تكون الحراسة القضائية إجراء تنفيذياً ، أو أن تستعمل وسيلة للضغط على المدين حتى تدفعه إلى الوفاء بدينه . بل يجب ، حتى فى الحالات التى يوضع فيها مال المدين تحت الحراسة القضائية للوفاء بدينه ، أن يكون هناك خطر عاجل على مصلحة الدائن يقتضى هذه الحراسة ، كأن يكون المدين فى سبيل إخفاء ماله أو التصرف فيه إضرارا بالدائن ، فتأتى الحراسة إجراء تحفظياً لمنعه من ذلك . وإذا نتج عنها أن استوفى الدائن حقه ، فلم يكن هذا هو المقصود أصلا منها[1] . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى الحالات المشار إليها .

وهى ثانيا إجراء وقتى . ويترتب على ذلك أنها لا تبقى إلا ببقاء الظروف التى استدعتها[2] . فإن تغيرت هذه الظروف وأصبحت الحراسة لا ضرورة لها ، وجب رفعها . والعكس صحيح ، فإذا رفعت الدعوى فى وقت لم يكن هناك مبرر لوضع الحراسة على المال ، لم يكن هذا مانعاً من الحكم بالحراسة بعد ذلك إذا تغيرت الظروف وجد ما يستدعى وضعها . ولكن هذا لا يعنى أن الحكم فى دعوى الحراسة لا يحوز قوة الأمر المقضى ، بل هو كسائر الأحكام الوقتية يحوز هذه القوة مادامت الظروف التى صدر فيها باقية لم تتغير ، فإذا تغيرت نشأ سبب جديد يمتنع معه الاحتجاج بقوة الأمر المقضى[3] .

وهى ثالثا إجراء لا يمس الموضوع . فالحكم بالحراسة القضائية ليس من شأنه أن يؤثر فى موضوع الدعوى الأصلية ، وإذا وضع مال متنازع فى ملكيته بين شخصين تحت الحراسة القضائية وعين أحدهما حارساً ، فليس هذا معناه ثبوت حق الحارس فى الملكية أو حتى رجحان هذا الحق . فلا يزال النزاع

---

(١) قرب عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٩ .

(٢) ويجوز للقاضى أن يضرب للخصوم ميعاداً لرفع دعوى الموضوع ، كما يجوز أن يحدد للحراسة أجلا تنتهى بانقضائه (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٠ – مصر مستعجل ٣١ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣) .

(٣) استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٣٩ جازيت ٢٩ رقم ٣٥٨ ص ٣٤٨ – مصر مستعجل ١٢ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١٠٠ ص ١٩٦ – ٢٤ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٣ ص ٢٥٧ . عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦١ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦ ص ٢٦٣ .

الموضوعى ، وهو النزاع فى الملكية ، على حاله لم يتأثر بالحراسة ، ومن الجائز أن يقضى بالملكية فى النهاية للخصم الآخر الذى لم يعين حارساً . ويترتب على ذلك أنه إذا طلب أحد الخصوم من القاضى ضمن طلب الحراسة طلبات أخرى تتعلق بالموضوع ، قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر هذه الطلبات إذا هى تخرج عن نطاق دعوى الحراسة[1] . ويترتب على ذلك أيضاً أن القاضى إذ عين حارساً وحدد ما يخوله من سلطات ، لم يجز أن تتضمن هذه السلطات ما يمس الموضوع ، كأن يسلم أحد الخصوم ريع المال المو ضوع تحت الحراسة[2] .

---

(١) ولذلك لا يجوز للقاضى أن يحكم إلا بناء على ظاهر حقوق الطرفين وما تكشف عنه المستندات بداهة للنظرة الأولى ، دون أن يتعرض لموضوع النزاع (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٢ — عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢) ، فلا يحيل الدعوى إلى التحقيق أو يندب خبراء أو يوجه اليمين أو يقوم بغير ذلك من وسائل الفحص الموضوعى ، أما البحث القانونى المحض بفرض أن الوقائع ثابتة ، فليس القاضى بممنوع منه (محمد حلمى راتب فقرة ٣٢١ ص ٨٣٧ — ص ٨٣٨ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦ ص ٢٦١ — نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٣٨٣) . فقاضى الحراسة فى تفسيره أو بحثه فى موضوع الحق لا يحسم النزاع بين الخصمين لا فى التفسير ولا فى موضوع الحق ، بل لا يكون تفسيره أو بحثه إلا تفسيراً أو بحثاً عرضياً عاجلا يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب المعروض عليه ، ويبقى التفسير أو الموضوع محفوظاً سليما يتناضل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ — وانظر أيضاً نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٧ ص ١١٠٢ — ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦١ ص ٥٢٤ — استئناف مختلط ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٣ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧١ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ — ٢٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٦ . ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٨ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦١ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٧٢ — ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٥ — ٨ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٦ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ — ولا يجوز تخويل الحارس سلطة تسليم البائع ريع العين المبيعة الموضوعة تحت الحراسة قبل أن يحكم فى الموضوع فى دعوى الفسخ التى رفعها البائع (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٣) . ويعتبر ماساً بالموضوع : تخويل الحارس سلطة إيداع حصة الشركاء المدعى عليهم فى الريع خزانة المحكمة حتى يفصل فى دعوى مطالبة أحد الشركاء بنصيبه فى الريع الذى استولى عليه الشركاء المدعى عليهم ، إذ أن فى هذا الإيداع حبساً لحق الشركاء فى الريع عن مدة سابقة على الحراسة وماسا بالموضوع (مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥) . كذلك =

٤٠٦ — المال الذى يجوز وضعه تحت الحراسة القضائية : ويجب فى المال الذى يوضع تحت الحراسة أن يكون قابلا للتعامل فيه ، وقابلا لإدارته بواسطة الغير ، ومتصلا بموضوع الدعوى بحيث يكون من شأن الفصل فى هذا الموضوع احتمال رفع اليد الحالية عن المال . وهذه الشروط ، كما هى مطلوبة فى الحراسة القضائية ، تطلب كذلك فى الحراسة الاتفاقية ؛

فشرط قابلية المال للتعامل فيه يمنع من وضع الحراسة على الأموال العامة ؛ ومع ذلك يجوز وضع المال العام تحت الحراسة إذا كانت ملكيته متنازعاً فيها ويدعيها أحد الأفراد وكانت صفته العامة متنازعاً فيها أيضاً[1] . أما الأموال الخاصة للدولة وللأشخاص المعنوية العامة فيجوز وضعها تحت الحراسة[2] ؛ ويجوز وضع المال غير القابل للحجز تحت الحراسة ، إذا لم

= يعتبر ماساً بالموضوع تخويل الحارس حق النزول عن جزء من أجرة الأطيان (استئناف مختلط ٩٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٤٢ ص ١٠٣) ، وإن كان يجوز أن يخول حق الصلح مع المستأجر إذا كان ذلك من قبيل حسن الإدارة (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٠) . ولا يعتبر ماسا بالموضوع تخويل الحارس سلطة توزيع ريع الوقف على المستحقين بقدر ماورد فى حجة الوقف ، فإن هذا عمل موقت تصفى نتائجه تبعاً للحقوق التى تستقر بعد انتهاء النزاع (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٧٥ ص ٢٠٥) . كما لا يعتبر ماسا بالموضوع تخويل الحارس بيع الأموال الموضوعة تحت الحراسة إذا خيف عليها التلف أوهبوط القيمة ، وينتقل حق الخصوم إلى الثمن الذى بيعت به هذه الأموال (الإسكندرية مستعجل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٩٠ ص ٣٧٣) .

انظر فى ذلك عبد الحكيم فراج فقرة ٢٦٢ — فقرة ٢٦٦ — محمد على رشدى فقرة ٢٠٥ ص ٢٩٠ — استئناف مختلط ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٩ — ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٩ — ١١ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣١٤ — ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ .

(١) ويجوز وضع الحراسة على زراعة الأفراد فى الأملاك العامة ، وهو مايسمى « إيجار خفية » . فإذا قام نزاع بين الأفراد حول الانتفاع بزراعة الأملاك العامة ومن منهم أحق بالمحصولات القائمة عليها ، جاز وضع هذه المحصولات تحت الحراسة . والحراسة هنا فرضت على المحصولات وهى أموال خاصة ، ولم تفرض على الأملاك العامة ذاتها (انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٥ وقد أشار إلى حكم صادر من القضاء المستعجل فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ دائرة ٢ قضية رقم ١٢٦٠ سنة ١٩٥٠) .

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٦ — وإن كان ذلك مستبعداً لملاءة الدولة والأشخاص المعنوية العامة (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٥ ص ٢٥٤) . ويقضى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ =

تكن الحراسة من أجل دين يستوفى من هذا المال ؛ فقانون خمسة الأفدنة مثلا يمنع الحجز على هذه الملكية الزراعية الصغيرة والتنفيذ عليها بالدين ، فلا يجوز للدائن أن يطلب وضعها تحت الحراسة لاستيفاء حقه منها ، لأنه لا يستطيع التنفيذ عليها حتى لو قضى له فى موضوع الدعوى بالحق الذى يدعيه[1] ؛ ولكن إذا وقع نزاع فى ملكية الأفدنة الخمسة أو فى حيازتها أو فى إدارتها ، فإنه يجوز وضعها تحت الحراسة ، إذ أن النزاع الموضوعى لا شأن له بدين يراد استيفاؤه[2] .

وشرط قابلية المال لإدارته بواسطة الغير يمنع من وضع الحراسة على مكاتب المحامين وعيادات الأطباء ونحوهم من ذوى المهن الحرة ، إذ لا يتصور أن يحل حارس محل المحامى أو محل الطبيب فى مكتبه أو فى عيادته ، فإن الاعتبار الشخصى الملحوظ فى هذه الأحوال يمنع من ذلك[3] . ولكن يجوز وضع صيدلية[4] أو مدرسة أو كنيسة تحت الحراسة إذا أمكنت إدارتها بواسطة الغير ، فيمكن مثلا وضع المدرسة تحت حراسة وزارة التربية والتعليم[5] ، ووضع

= المعدل لأحكام المادة ٩٧٠ مدنى بعدم جواز تملك هذه الأموال بالتقادم أو كسب أى حق عليها بمضى المدة ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز وضعها تحت الحراسة إذا كان النزاع يدور حول الحيازة أو التملك بالتقادم ، ويسرى ذلك أيضاً على الوقف الخيرى (محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ هامش ٢) .

(١) ملوى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٠١ ص ١٤٠ – عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ – محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ – ص ٨٤١ – ويجوز فرض الحراسة على الأموال الخاضعة لقانون تسوية الديون العقارية (كفر الزيات ٧ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ١١١١ – محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٠ هامش ٢) .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ ص ٢٥٥ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٥ .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤١ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٢ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٨ – محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ وهامش ١ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٣ – وقارن بودرى وڤال فقرة ١٢٧٤ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٥ ص ٤٦٦ .

(٥) محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ٣ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٤ – وانظر عكس ذلك الإسكندرية مستعجل ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ١٠٨٣ .

وقد قضى بأنه يجوز وضع مدرسة سادها الاضطراب والفوضى تحت حراسة وزارة المعارف التى لها الولاية العامة على معاهد التعليم ولو لم تكن تابعة لها (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص ٢٥٦ ويشير إلى حكم مصر مستعجل ٢ يناير سنة ١٩٤٣ قضية رقم ٤٢١ سنة ١٩٤٣ وحكم صادر =

الكنيسة تحت الحراسة من النواحي المالية والإدارية دون مساس بالسلطان الروحي لرئيس الطائفة الدينية[1] . وإذا وقع نزاع في شأن مسجد أنشأه أحد الأفراد ، جاز وضعه مثلا تحت حراسة وزارة الأوقاف . ويجوز وضع جريدة تحت الحراسة إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك[2] .

وشرط اتصال المال بموضوع الدعوى يمنع من وضع أموال الوكيل تحت الحراسة في دعوى حساب عن إدارته ، إذ حتى لو ثبت انشغال ذمته

= في الاستئناف من محكمة مصر الوطنية أول فبراير سنة ١٩٤٣ دائرة أولى قضية رقم ٣٣٢ سنة ١٩٤٣) . وقضى كذلك بتعيين حارس قضائي على مدرسة لتعليم اللاسلكي لإدارتها وتحصيل إيراداتها وصرف ما يلزمها من نفقات وإيداع صافي الإيراد خزانة المحكمة حتى يفصل في النزاع بين أصحاب المدرسة المذكورة (عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص ٢٥٦ وقد أشار إلى حكم مصر مستعجل ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ دائرة ٢ قضية رقم ٤٧٧ سنة ١٩٥٠) . ويجوز وضع الحراسة على النوادي الرياضية والجمعيات الثقافية ، وقد قضى بتعيين حارس قضائي على نادي التجديف الدولي بناء على طلب أحد أعضائه لضمان استمرار العمل فيه مؤقتا عندما أغلقه رئيس لجنة النادي ورفض عقد الجمعية العامة طبقا لقانون النادي (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٠ – عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٧ ص ٢٥٧) . وقضى بفرض الحراسة على نقابة عمال شركة الترام لما احتدم الخلاف بين أعضاء النقابة ومجلس الإدارة (مصر مستعجل ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٢٣٢ – محمد علي راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ١) .

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٨ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥١ – استئناف أسيوط ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٧٣ ص ٨١٣ – عكس ذلك أسيوط الكلية ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٥١ ص ٥٢٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع بين طرفي الخصومة مقصورا على وضع اليد على الكنيسة وحقوق الإدارة فيما يتعلق بمنقولاتها وأثاثها وتحصيل الاشتراكات والتبرعات ، فإنه يعتبر نزاعا مدنياً ليس فيه ما يمس العبادات من قريب أو بعيد ، ويكون الدفع بعدم اختصاص المحاكم المدنية بنظره استناداً إلى نص المادة ١٥ من لائحة ترتيبها على غير أساس . وإذن فإذا كان الحكم إذ قضى بإقامة حارس على الكنيسة قد حدد مأموريته – دون مساس بالسلطان الروحي لغبطة الرئيس الديني للطائفة – بتسلم أموالها ومنقولاتها والإشراف على النواحي المالية والإدارية وتحصيل الإيرادات من اشتراكات وتبرعات وغيرها وصرف المصاريف الضرورية ودفع المرتبات وإيداع الباقي خزانة المحكمة على ذمة الفصل في الدعوى الموضوعية – إذا كان الحكم قد قضى بذلك ، فإنه لا يكون قد جاوز حدود اختصاصه (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٣ ص ١١٨) . وانظر محمد علي راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٢ هامش ٢ .

(٢) استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٤٤ – ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٧ .

بمبلغ معين بعد تقديم الحساب ، فإن هذا لايستوجب رفع يده عن ماله ، وكذلك مطالبة ناظر الوقف بالحساب لا تسوغ وضع أعيان الوقف تحت الحراسة ، وإنما يسوغ ذلك قيام نزاع على النظر أو بين النظار أو دعوى بعزل الناظر أو شغر النظر على الوقف[1] كما سيأتى :

فإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، جاز وضع المال تحت الحراسة ، قضائية كانت الحراسة أو اتفاقية . ويستوى فى ذلك أن يكون المال عقاراً أو منقولا [2] . ويستوى كذلك أن يكون مالا مادياً كمنزل أو أرض أو سيارة ، أو أن يكون ديناً فى الذمة وقد قضى بتعيين حارس قضائى ليقوم بتحصيل الأجرة من المستأجر وإيداعها خزانة المحكمة حتى يفصل فى بطلان حجز ما للمدين لدى الغير الذى وضع تحت يد المستأجر[3] .

ويجوز أن يكون المال الموضوع تحت الحراسة حقوقاً معنوية كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامة التجارية ، فإذا وقع نزاع فى ملكية هذه الحقوق مثلا ، جاز وضعها تحت الحراسة[4] .

---

(١) استئناف مصر ١٨ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٨ ص ٤٠٩ – ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٨ ص ٧٢٠ – أول يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٦ ص ٢٣٥ – محمد على عرفة ص ٥٣١ – محمد كامل مرسى فرة ٣٥٢ ص ٤٦٣ – ص ٤٦٤ .

(٢) سواء كان المال مفرزاً أو شائعاً ، يشغله المدعى عليه أو كان مؤجراً للغير (محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٤ هامش ٢ و ٣ والأحكام المشار إليها) .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٢ – عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٢ – عكس ذلك استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٣ – ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١١٨ – وقارن محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٨ – وقد قضى بتعيين حارس على العقار إذ امتنع المستأجرون عن أداء الأجرة انتظاراً للفصل فى دعوى بطلان التنازل الصادر من المؤجر للغير (استئناف مختلط ٢١ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٧) .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٣ – محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٤٥ هامش ١ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٩ – وانظر فى إمكان وضع الحراسة على دفاتر شركة محاصة أودعها الشريك فى قضية مع شخص ثالث ، فانتهز الشريك الأول هذه الفرصة وطلب وضع الحراسة إذ أنكر شريكه وجود هذه الشركة : مصر مستعجل ٩ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ ص ٦٥٢ – محمد على راتب فقرة ٣٢٢ ص ٨٣٩ هامش ١ – وانظر عكس ذلك قنا الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص ١١١٩ – انظر أيضاً فى جواز وضع الحراسة على المستندات بودرى وفال فقرة ١٢٧٣ .

ويجوز وضع الحراسة على مجموع من المال كالمتجر والتركة والشركة[1]؛ وقد قام خلاف فى ذلك فى القانون الفرنسى وفى عهد التقنين المدنى القديم[2]، ولكن التقنين المدنى الجديد حسم هذا الخلاف بالنص الصريح ، فأجاز فى المادة ٧٢٩ منه الحراسة على مجموع من المال ، كما أجاز فى المادة ٧٣١ الحراسة على الوقف . ولكن لا يجوز وضع الحراسة على مجموع الذمة المالية للشخص ، إذ أنه لا يجوز غل يد الشخص عن مجموع أمواله إلا فى حالات الحجر والإفلاس والإعسار[3] .

٤٠٧ — **مبحثاد** : بعد أن مهدنا للكلام فى الحراسة القضائية بتقرير أن شرط الخطر العاجل يجب توافره فى جميع فروض هذه الحراسة وأحوالها ، وببيان طبيعة هذه الحراسة وأنها إجراء تحفظى وقتى لا يمس الموضوع ، وبذكر الشروط الواجب توافرها فى المال الذى يجوز وضعه تحت الحراسة والأنواع المختلفة لهذا المال ، نتناول الآن موضوع الحراسة القضائية فى مبحثين : نبين فى الأول منهما الفروض التى يجوز فيها هذه الحراسة ، ونتكلم فى الثانى فى دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائى .

---

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤٧ .

(٢) ويرجع الخلاف إلى أن نص المادة ١٩٦١/٢ مدنى فرنسى يجيز الحراسة على « عقار » أو على « منقول » بلفظ المفرد ، وكذلك فعل النص الفرنسى للمادة ٤٩١/٦٠٠ مدنى قديم ، فوقعت الشبهة فى أن الذى يجوز وضعه تحت الحراسة هو عين معينة بالذات لا مجموع من المال .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٠ فى الهامش وما يلى فقرة ٤٢٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٥ ص ٤٦٥ — وانظر فى جواز الحراسة على أموال المدين المعسر عبد الحكيم فراج فقرة ٢٣٨ — وعكس ذلك محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٠ — وسنعود إلى مسألة الحراسة على أموال المدين المعسر فيما يلى فقرة ٤٢٨ .

ويجوز وضع الحراسة على مال ليس فى حيازة صاحبه ، فتجوز الحراسة على العين المؤجرة ويتولى الحارس قبض الأجرة وينفق منها على شؤون الحراسة (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٩ — أول مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٦ — ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٠ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٤٦) .

المبحث الأول

الفروض التى تجوز فيها الحراسة القضائية

٤٠٨ — الفروض المنصوص عليها فى القانون ليست مذكورة على سبيل الحصر : حتى نبين ذلك يحسن أن نستعرض ، فى عجالة تاريخية ، نصوص التقنين المدنى الفرنسى فى الحراسة القضائية ، ثم نصوص التقنين المدنى المصرى القديم وقد أخذت عن نصوص التقنين المدنى الفرنسى بعد أن توسع القضاء فى تطبيقها والفقه فى تفسيرها .

ظهرت الحراسة القضائية فى النصوص التشريعية ، فى القانون الفرنسى القديم ، فى الأمر الملكى الصادر فى أبريل سنة ١٦٦٧ . فقد نصت المادة الثانية من الباب التاسع عشر من هذا الأمر على أنه « يجوز أن تقام الحراس ، بناء على طلب الخصوم أو بأمر المحكمة من تلقاء نفسها ، فى حالة ما إذا قدر القضاة أن هناك ضرورة لإقامتهم[1] » وهذا النص كما نرى عام مطلق ، فليست هناك حالات محصورة للحراسة القضائية ، بل يجوز أن تقام هذه الحراسة فى أية حالة يرى فيها القاضى ضرورة لإقامة الحراسة . فليس هناك إذن إلا شرط عام هو قيام الضرورة ، والضرورة تقوم بداهة بقيام الخطر العاجل .

ولكن التقنين المدنى الفرنسى لم يطلق العبارة كما أطلقها الأمر الملكى ، بل نصت المادة ١٩٦١ منه على ما يأتى : « يجوز للقضاء أن يأمر بإقامة حارس : (١) على منقولات المدين المحجوز عليها . (٢) على عقار أو منقول تكون ملكيته أوحيازته متنازعاً عليها بين شخصين أو أكثر . (٢) على الأشياء التى يعرضها المدين لإبراء ذمته » . فجاء النص يعدد الحالات التى يجوز فيها فرض الحراسة القضائية ، ومن ثم ذهب فريق من الفقهاء وأحكام القضاء

---

(١) وهذا هو النص الفرنسى للمادة الثانية من الأمر الملكى الصادر فى أبريل سنة ١٦٦٧ :

Les séquestres pourront être ordonnés tant sur l demande des parties que d'office, en cas que les juges estiment qu'il y a nécessité de le faire. (انظر بودرى وڤال فقرة ١٢٦٩ ص ٦٨٢) .

القديمة إلى أن هذا التعداد قد جاء على سبيل الحصر على تفاوت فى درجة هذا الحصر[١]. ولكن كثيراً من أحكام القضاء الفرنسي وبخاصة الحديث منها ، ذهب ، مع فريق آخر من الفقهاء ، إلى أن التعداد لم يجئ على سبيل الحصر ، بل جاء على سبيل المثال[٢] .

وقد تأثر المشرع المصرى بالرأى الثانى ، فنصت المادة ٤٩١/٦٠٠ من التقنين المدنى القديم على أن « للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت يد القضاء ، كما يجوز لها أن تعين لذلك أحد الأخصام المترافعين » . فجاءت العبارة أكثر إطلاقاً من عبارة التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٩٦١ منه على ما رأينا ، إذ لم يشترط المشرع المصرى فى الشىء المتنازع

---

(١) ديفرچيبه فقرة ٥٣٦ – ترولون فقرة ٢٩٥ – هيك ١١ فقرة ٢٧١ – پون ١ فقرة ٥٦٠ – أوبرى ورو (الطبعة الرابعة) ٤ فقرة ٤٠٩ هوامش ٤ – ٧ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ – نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٨٥١ داللوز ٥١ – ١ – ٢٦٩ – ١٧ يناير سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ – ١ – ١١ – ١٠ يوليه سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦ – ١ – ٣١٣ – ٢٦ يوليه سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ – ١ – ٣٧٧ – ١٣ نوفبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ – ١ – ٣٤ – باريس ٥ مارس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ – ٢ – ٨٩ – ٩ يناير سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ – ٢ – ٢٨٨ – بوردو ٢٢ نوفبر سنة ١٩٠٤ مجموعة بوردو ١٩٠٥ – ١ – ١٧١ – السين ٨ يوليه سنة ١٨٩٥ Le Droit ٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ – وقارن كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٢٤٨ ص ٨١٥ – چوسران ٢ فقرة ١٣٧٧ – أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ Séquestre فقرة ١٠ وما بعدها .

(٢) لارومبيير م ١١٨٠ فقرة ٦ – لوران ٢٧ فقرة ١٧٣ – كولميه دى سانتير ٨ فقرة ١٧٣ مكررة – جيوار فقرة ١٧٥ – بودرى وڤال فقرة ١٢٦٩ – أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٠ هامش ١ مكرر ٦ – پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٨٨٥ – نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ١٦٩ – ٨ نوفبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى پاليه ١٩٣٢ – ١ – ٤٢ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ – ٢ – ٣٢٢ – باريس ٤ مايو سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧ – ٢ – ١٥٩ – ١٥ أبريل سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ – ٣ – ١٢٧ – ٢٩ يوليه سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٠ – ٢ – ٧٤ – ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى پاليه ١٩٣٥ – ٢ – ٩٢٠ .

وقد توسع القضاء الفرنسى فى الأحوال التى يجوز فيها فرض الحراسة إلى حد أنه أجاز فرضها على ملفات أعمال مهندس معمارى وأوراقه بعد أن انتقلت بموته إلى مهندس آخر ، وذلك حتى يتمكن ورثة المهندس الأول من الرجوع إليها فى دفع دعاوى المسئولية التى توجه إليهم كورثة (نانسى الابتدائية ١٢ فبراير سنة ١٨٩٥ مجموعة أحكام نانسى ٩٥ – ١٥٧ – بودرى وڤال فقرة ١٢٧٣) .

عليه الذى يوضع تحت الحراسة أن يكون النزاع منصباً على الملكية أو الحيازة من ناحية ، وأجاز من ناحية أخرى الحراسة فى الشىء ولو لم يكن متنازعاً عليه إذا كان موضوعاً تحت يد القضاء . والمقصود بالشىء الموضوع تحت يد القضاء الشىء الخالى من النزاع المحكوم بإجراءات قضائية مرسومة لحماية الدائنين ، كالمنقول أو العقار المحجوز عليه والعقار المرهون عند تخلية الحائز إياه[1] . فلا يجوز إذن طبقاً للنص أن تفرض الحراسة على شىء خال من النزاع وغير محكوم بإجراءات قضائية مرسومة لحماية الدائنين ، فلا تفرض الحراسة على أموال التركة أو على الأموال الموقوفة إذا طلب دائنو المورث أو دائنو المستحق فى الوقف وضعها تحت الحراسة . ولكن ما لبث القضاء فى مصر أن توسع فى تطبيق النص ، ولم يعتبر حالات الحراسة القضائية المنصوص عليها مذكورة على سبيل الحصر ، فأضاف إليها حالات أخرى غير مذكورة فى النص ، وأجاز مثلا فرض الحراسة على الأموال الموقوفة بناء على طلب دائنى الوقف أو دائنى احد المستحقين فيه لاستيفاء ديونهم من ريعه[2] ، كما أجاز لدائنى التركة وضع أموال التركة تحت الحراسة لضمان وفاء ديونهم[3] ، بل أجاز لأى دائن أن يضع أموال مدينه تحت الحراسة إذا كانت هى الوسيلة الوحيدة المنتجة لتنفيذ حكم واجب النفاذ[4] .

---

(١) جرانمولان فقرة ٩٠٨ ص ٣١٣ — عبد الحكيم فراج فقرة ٨٠ — فقرة ٨٢ — مصر الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ .

(٢) نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٥٤ ص ٥٨١ — إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ — مصر مستعجل ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٢٣ ص ٩٣٥ .

(٣) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ — ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ — ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ .

(٤) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ .

وانظر فى توسع القضاء المصرى فى حالات الحراسة القضائية فى عهد التقنين المدنى القديم عبد الحكيم فراج فقرة ٨٤ وما بعدها . وانظر فى جواز وضع المال تحت الحراسة فى عهد التقنين المدنى القديم عند وقوع نزاع أو عند قيام خطر عاجل : استئناف وطنى أول نوفمبر سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٣١٣ — ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٩ — استئناف مصر أول نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٩٣ ص ٤٠٠ — بنى سويف استئنافى ٢٨ سبتمبر سنة ١٨٩٠ =

وفى هذا الجو من توسع القضاء وضع التقنين المدنى الجديد ، فأورد فى نصين متعاقبين — م ٧٣٠ و م ٧٣١ — الفروض التى تجوز فيها الحراسة القضائية . وقدساير التقنين الجديد القضاء فى توسعه ، وإذا كان ظاهر النصوص يشعر أن هذه الفروض مذكورة على سبيل الحصر ، إلا أن الواقع من الأمر أنها وسعت نطاق الحراسة القضائية إلى غير ما حد ، وأن فرضاً منها أجاز الحراسة القضائية « إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه » ، فكسر هذا النص كل الحواجز ، وأصبحت الفروض الأخرى المذكورة فى النصوص مجرد تطبيقات عملية لهذا الفرض العام ، وهى تطبيقات غير مذكورة على سبيل الحصر ، ولم يعد يشترط لفرض الحراسة القضائية غير الشرط العام وهو قيام الخطر العاجل ، دون تفريق بين حالة وأخرى .

ونتناول الآن الفروض التى نص عليها التقنين المدنى فى المادة ٧٣٠ منه وهى تعرض للأموال غير الموقوفة ، وفى المادة ٧٣١ وهى خاصة بالأموال الموقوفة .

= الحقوق ٥ ص ٣٨٠ — الجيزة ٢٢ أبريل سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٦٨ — مصر استئنافى ١٠ أكتوبر سنة ١٨٩٢ القضاء ٢ ص ١٦٨ — بنى سويف أول نوفبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٤٩ — طنطا جزئى ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ١٦ ص ٨٩ . أسيوط استئنافى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٠ ص ٤٧ — مصر الكلية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠٢ — استئناف مختلط ١٩ نوفبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٧ — ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٦ .

وانظر مع ذلك فى أن الحراسة هى من الإجراءات الاستثنائية التى لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة : استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٢٧٣ (الخصم المطلوب رفع يده بالحراسة قدم تأمينات كافية فلا محل للحراسة) — ٢٧ مارس سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ١٤ — مصر الوطنية ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢١٢ (طالب الحراسة واضع يده على العين وخصمه قبل أن يبقى واضع اليد فلا محل للحراسة) — ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٧٣ — طنطا ٩ سبتمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٨٧ — استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٥ — ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٣ — ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٨ — أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٨ — ٦ نوفبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ — ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥١ — أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٢٧ .

المطلب الأول

أحوال الحراسة القضائية على الأموال غير الموقوفة

٤٠٩ — نص قانوني : تنص المادة ٧٣٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة » :

« ١ — فى الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة » .

« ٢ — إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه » .

« ٣ — فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون »[١] .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٩١/٦٠٠[٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٠ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٢٠/١و٢[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز القضاء أيضاً أن يأمر بالحراسة . ١ — فى الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة . ٢ — فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون . ٣ — إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أوعقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه أن يختلس الحائز هذا الشيء أو أن يتلفه أو أن يغير فيه » . وفى لجنة المراجعة قدمت الفقرة الثالثة على الفقرة الثانية ، وعدلت العبارة الأخيرة منها ليكون حكمها عاما دون أن تشتمل على صفة يستفاد منها الحصر ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٠) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٤٩١/٦٠٠ : للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت يد القضاء ، كما يجوز لها أن تعين لذلك أحد الأخصام المترافعين .

(وقد قدمنا — انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ — أن التقنين المدنى القديم تقدم خطوة كبيرة نحو التعميم عن التقنين المدنى الفرنسى ، وأنه على النحو الذى طبق به فى القضاء المصرى أصبح فى مجموعه موافقاً للتقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٦ (مطابق) .

ونرى من النص سالف الذكر أن هناك فروضاً ثلاثة تجوز فيها الحراسة القضائية . وإذا توخينا أن نرتب هذه الفروض ترتيباً نراعى فيه التدرج من التخصيص إلى التعميم ، لوجب أن نعدل عن الترتيب الوارد فى النص ، بل ونعدل عن الترتيب الوارد فى المشروع التمهيدى[1] ، إلى الترتيب الآتى :

(الفرض الأول) ويشتمل على حالات وردت فى نصوص معينة . وقد أجاز القانون فرض الحراسة القضائية فى هذه الحالات الخاصة المذكورة على سبيل الحصر ، إذا توافرت الشروط التى نص عليها . ونرى من ذلك أن هذا الفرض الأول قد انحصر فى حالات خاصة معينة بذواتها ، فهو أدنى مراتب التدرج من التخصيص إلى التعميم .

(الفرض الثانى) ويتناول الحالات المشار إليها فى المادة السابقة على المادة ٧٣٠ مدنى ، أى الحالات المشار إليها فى المادة ٧٢٩ مدنى وهى المادة الخاصة بالحراسة الاتفاقية . فتجوز الحراسة القضائية على « منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع ، أو يكون الحق فيه غير ثابت » (م ٧٢٩ مدنى) ، « إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة » (م ٧٣٠ مدنى) . وهنا نرى أننا انتقلنا خطوة من التخصيص إلى التعميم . فجعلنا الحراسة جائزة فى كل شىء يقوم فى شأنه نزاع أويكون الحق فيه غير ثابت . والمفروض طبعاً فى هذا الفرض أن هناك خطراً عاجلا وهو الشرط العام فى كل حراسة قضائية كما قدمنا ، ولكن قيام الخطر العاجل لا يكفى بل يجب أيضاً أن يكون هناك

= التقنين المدنى الليبى م ٧٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٢٠/١ و٢ : يعهد فى الحراسة إلى شخص يتفق جميع ذوى الشأن على تعيينه من قبل القاضى — وللقاضى أن يقرر تعيين حارس : ١ — للشىء الذى يكون موضوع نزاع أو موضوع علاقات قانونية مشكوك فيها ، إلى أن يزول النزاع أو الشك ، أو للشىء الذى يعرضه المديون لإبراء ذمته . ٢ — للأموال المنقولة وغير المنقولة التى يخشى صاحب الشان ، لأسباب مشروعة ، أن يختلسها واضع اليد عليها أويتلفها أو يعيبها . ٣ — للأموال المنقولة المؤمنة لحق الدائن إذا أثبت الدائن عجز مديونه أو كان لديه من الأسباب المشروعة مايحمله على الخوف من هربه أو اختلاسه تلك الأشياء أو تعيبها .

(وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

نزاع أو أن يكون الحق غير ثابت . ومن ثم كان هذا الفرض فى منزله وسطى بين التخصيص والتعميم .

(والفرض الثالث) وفيه لا ترد حالات خاصة معينة بذواتها كما فى الفرض الأول ، بل ولا يرد قيد قيام النزاع أو عدم ثبوت الحق كما فى الفرض الثانى ، فيكفى أن يقوم خطر عاجل ، أو كما يقول النص أن تتجمع لدى صاحب المصلحة « من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه » ، حتى يجوز للقاضى أن يفرض الحراسة القضائية . فلا يشترط إذن فى هذا الفرض الثالث إلا توافر الشرط العام فى كل حراسة قضائية ، وهو قيام الخطر العاجل ، ومن ثم كان هذا الفرض هو أعلى مراتب التدرج من التخصيص إلى التعميم .

ونبحث هذه الفروض الثلاثة وفقاً لهذا الترتيب .

§ ١ — حالات وردت فيها نصوص قانونية

٤١٠ — أمثلة من هذه الحالات : نستبعد من هذه الحالات تلك التى يعين فيها مصف لمجموع من المال ، كسنديك التفليسة ومصفى الشركة (م ٥٣٤ مدنى وما بعدها) ومصفى التركة (م ٨٧٦ مدنى وما بعدها) . فالمصفى ليس حارساً يدير المال فحسب ، بل هو أيضاً يصفيه فيدفع الديون ويستوفى الحقوق ، وهذه سلطة أوسع من سلطة الحارس .

ونستبعد أيضاً من يكون مديراً للمال الشائع ، سواء عينته أغلبية الشركاء أو عينته المحكمة أو كان شريكاً تولى الإدارة دون اعتراض من الباقين (م ٨٢٨ مدنى) . فإن المهمة الأصلية لمدير المال الشائع هى إدارة المال ويأتى حفظه تبعاً لذلك ، أما المهمة الأصلية للحارس القضائى فهى حفظ المال وتأتى إدارته تبعاً لذلك ، ولذلك كانت سلطة مدير المال الشائع فى الإدارة أوسع عادة من سلطة الحارس القضائى .

ونورد بعد ذلك أمثلة لحالات نص القانون على أن يقام فيها حارس قضائى . وقد اخترنا منها الحالات الآتية : (١) عرض المدين محل الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة (م٣٣٦ مدنى) . (٢) نزع الشىء الذى ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة (م ٩٨٨ مدنى) . (٣) تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية

(م ١٠٧١ مدنى) . (٤) وضع الدائن المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة (م٣/١١٣٣ مدنى) . (٥) تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها (م ٥١١ مرافعات) . (٦) وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة (م ٦١٨ مرافعات)[1] .

٤١١ — عرضه المدين محل الوفاء على الدائن ووضعه تحت الحراسة: تنص المادة ٣٣٦ من التقنين المدنى على أنه « إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات ، وكان الواجب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه . فإذا كان هذا الشىء عقاراً أو شيئاً معدا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة » . وتنص المادة ٧٩٠ من تقنين المرافعات على أنه « إذا رفض العرض ، وكان المعروض شيئاً غير النقود ، جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه فى المكان الذى يعينه » . وقد عرضنا لهذه المسألة فى الجزء الثالث من الوسيط عند الكلام فى العرض الحقيقى والإيداع ، وقلنا إن نص المادة ٣٣٦ مدنى « للتوفيق بينه وبين

---

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلين من هذه الأمثلة الستة ، فقالت : « فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون ، كحالة توقيع الحجز (على المنقول) وقد نصت عليها المادة ٥٠٨/٤٤٦ من تقنين المرافعات (القديم) ، وحالة العرض الحقيقى فيما لا يمكن إيداعه خزينة المحكمة وقد نص عليها المشروع فى المادة ٤٧٢ : انظر المادة ١٩٦١ من التقنين الفرنسى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٩) .

وهناك نصوص أخرى نصت على حالات يقام فيها حارس قضائى منها ما ورد فى تقنين المرافعات ضمن الإجراءات المقررة فى مواد الأحوال الشخصية ، ومن ذلك ما قضت به المادة ٩٤١ مرافعات وتنص على ما يأتى : « إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتا . ويجوز له أن يطلب تسلميه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على عريضة إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة » .

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٦٧ مرافعات من أنه « يجوز لقاضى الأمور المستعجلة فى أحوال الاستعجال أن يعين مديراً مؤقتاً للتركة بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة ، ويبين القاضى سلطة هذا المدير » . ومنها ما ورد فى تشريعات خاصة ، ومن ذلك مانصت عليه المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (المضافة بالقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢) من أن « تظل الأعيان والأموال التى كانت موقوفة تحت يد ناظر الوقف حتى يتم تسليمها إلى مستحقيها ، على أن تكون له فى هذه الفترة صفة الحارس القانونى » .

المادة ٧٩٠ مرافعات ، يجب أن يجعل مفصلا لأحكام هذه المادة . ويجب إذن أن نميز فى غير النقود بين ما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل ، وبين ما هو معد للبقاء حيث وجد كالعقارات وبعض المنقولات العسيرة النقل والتى هى معدة لتبقى حيث هى كالآلات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات العمارة ونحو ذلك . فإذا كان العروض مما يتيسر نقله ، جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة وفقاً للمادة ٧٩٠ مرافعات ، أو أن يطلب بعريضة من قاضى الأمور الوقتية وفقاً للمادة ٣٣٦ مدنى ، أمرا بتعيين حارس لحفظ الشىء فى المكان الذى يعينه القاضى ، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة إذا تيسر ذلك كما هو الأمر فى إيداع المجوهرات والأوراق المالية ونحوها . أما إذا كان المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين ، بالطريقة نفسها ، أن يطلب تعيين حارس لحراسته حيث يوجد دون أن ينقل . وفى جميع هذه الأحوال تقوم الحراسة ، فى المكان الذى يعين أو فى المكان الذى يوجد فيه المعروض ، مقام الإيداع »[١] .

ونرى من ذلك أن القانون قد فرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الشىء المعروض ، إذا كان مما لا يتيسر نقله ، وقد عرضه المدين لإبراء ذمته ، يكون فى خطر عاجل إذا اقتصر المدين على تركه تحت تصرف الدائن دون أن يتسلمه هذا الأخير فعلا ، فأوجب وضعه تحت الحراسة . وتكون الحراسة هنا قد توافر شرطها العام وهو قيام الخطر العاجل ، إلا أن هذا الشرط قد فرض القانون توافره فرضاً لا يقبل إثبات العكس كما قدمنا نظراً للظروف المحيطة بالشىء المعروض ، وتقوم الحراسة فى هذه الحالة مقام الإيداع[٢] . وقد رأينا تقنين المرافعات يجعل أمر الحراسة هنا من اختصاص القضاء

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٣٤ .

(٢) وتنص المادة ٧٩٢ مرافعات على أنه « يجوز العرض الفعلى حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان من يوجه إليه العرض حاضراً . وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ، ويذكر فى محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة من تقريرات الخصوم خاصاً بالعرض ورفضه – وإذا كان المعروض بالجلسة من غير النقود ، تعين على العارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه لحفظه كما ذكر ، ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس – وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض » .

المستعجل ، وهو القضاء المختص عادة فى دعاوى الحراسة . ويمكن أن يفسر نص المادة ٣٣٦ مدنى سالف الذكر على أن الترخيص فى الإيداع ووضع الشيء المعروض تحت الحراسة يطلبان أيضاً من قاضى الأمور المستعجلة ، ولكن لما لم يصرح النص بذلك كما صرح نص المادة ٧٩٠ مرافعات ، أمكن أن يقال بالالتجاء إلى قاضى الأمور الوقتية للحصول على أمر على عريضة تقدم له ، وهو على كل حال اختصاص غير مألوف فى دعاوى الحراسة كما سنرى .

٤١٢ — نزع الشيء الذى ترتب عليه حق انتفاع من المنتفع ووضعه تحت الحراسة : تنص المادة ٩٨٨ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ١ — على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له ، وأن يديره إدارة حسنة . ٢ — وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها ، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير » .

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة فى صورتها المألوفة . فالمنتفع يستعمل الشيء استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته ، وقد عرضه بهذا الاستعمال لخطر عاجل يصيب حقوق المالك . فيجوز للمالك فى هذه الحالة أن يرفع الأمر إلى القضاء المستعجل ، وبعد أن يثبت الخطر العاجل الذى يتهدد الشيء ، يحصل على حكم بتقديم تأمينات . فإن لم يحصل على هذه التأمينات ، أو حصل عليها ومع ذلك استمر المنتفع فى إساءة الانتفاع ، جاز للمالك أن يطالب وضع الشيء تحت الحراسة ، بل يجوز له تبعاً لخطورة الإساءة فى الاستعمال أن يطلب إسقاط حق الانتفاع ورد العين إليه . فالحراسة هنا ، كالحراسة فى أى موضع آخر ، يجب أن يتوافر فيها شرط قيام الخطر العاجل ، وليس هذا الشرط مفروضاً توافره كما فرض توافره فى الحالة السابقة ، بل يقع على المالك عبء إثباته . ودعوى الحراسة ترفع أمام القضاء المستعجل ،

كسائر دعاوى الحراسة . ومن الجائز أن ترفع دعوى موضوعية بإسقاط حق الانتفاع ، وترفع تبعاً لها أمام محكمة الموضوع دعوى مستعجلة بوضع العين تحت الحراسة[١] .

٤١٣ — تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية : تنص المادة ١٠٧١ من التقنين المدنى على أن « ١ — تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها . ٢ — ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك » .

ويتبين من النص سالف الذكر أننا أمام حالة من حالات الحراسة ، يفرض فيها القانون ، فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أن هناك خطراً عاجلا إذا لم يوضع العقار المرهون الذى تخلى عنه الحائز تحت الحراسة ، وذلك نظراً لضرورة المضى فى إجراءات نزع الملكية محافظة على حقوق الدائنين ، وتتعرض هذه الحقوق لخطر عاجل إذا لم يوجه شخص تتخذ فى مواجهته الإجراءات بعد أن تخلى الحائز عن العقار المرهون . ومن ثم يجوز للدائن المباشر للإجراءات ،

---

(١) ومثل المنتفع المرتهن رهن حيازة . وقد نصت المادة ١١٠٦ مدنى على ما يأتى : « ١ — يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله . ٢ — فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالا جسيما ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ماعليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلايكون للدائن إلا مايبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة مابين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » .

وما قلناه فى المنتفع نقوله فى المرتهن رهن حيازة . فالنص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة ، فهناك خطر عاجل من إدارة المرتهن للشيء إدارة سيئة أو من إهماله الجسيم أو من إساءته استعمال حقه ، فجاز للمدين الراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، بل جاز له طلب إسقاط حق الرهن واسترداد الشيء المرهون مقابل دفع المدين على الوجه المبين بالنص .

أو أى دائن آخر ، أوالحائز نفسه ، أو أى شخص له مصلحة فى التعجيل ، أن يرفع الأمر إلى القضاء المستعجل لوضع العقار تحت الحراسة . ويعين القاضى حارساً للعقار ، مالم يطلب الحائز نفسه أن يكون هو الحارس فيعينه . وتتخذ فى مواجهة هذا الحارس إجراءات نزع الملكية ، ولو كان الحارس هو الحائز فإن الإجراءات فى هذه الحالة تتخذ ضده بصفته حارساً لابصفته مالكاً .

٤١٤ — وضع الدائن المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٣ من التقنين المدنى على مايأتى : « وإذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة » .

ويتبين من هذا النص أن الدائن الذى له حق امتياز على المنقول ، كالدائن بمبالغ منصرفة فى البذر والسماد وأعمال الزراعة والحصاد وله حق امتياز على المحصول الذى صرفت هذه المبالغ فى إنتاجه ، وكالمؤجر وله حق امتياز على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وكبائع المنقول وله حق امتياز على المنقول المبيع ، يجوز أن يطلب وضع المحصولات الموجودة بالأرض ، أو وضع المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، أو وضع المنقول المبيع ، تحت الحراسة . ويشترط فى ذلك أن يخشى الدائن لأسباب معقولة من أن يبدد المدين المنقول المثقل بحق الامتياز ، فإنه إذا تصرف فى هذا المنقول لحائز حسن النية لم يستطع الدائن أن يحتج بحق الامتياز على هذا الحائز (م ١١٣٣/١ مدنى) . ونرى من ذلك أن النص سالف الذكر ليس إلا تطبيقاً لدعوى الحراسة فى صورتها المألوفة ، إذ على الدائن أن يثبت أنه تجمعت لديه أسباب معقولة يخشى معها من خطر عاجل على حق امتيازه ، فهو يتوقع أن المدين يوشك أن يتصرف فى المنقول فإذا كان من يتصرف له حسن النية وحاز المنقول ضاع على الدائن حق الامتياز . وهذا هو الشرط العام فى جميع دعاوى الحراسة . ويرفع الدائن هذه الدعوى أمام القضاء المستعجل ، إلا إذا كان قد رفع دعوى موضوعية يطالب فيها المدين بحقه فيستطيع عندئذ أن يرفع دعوى مستعجلة بالحراسة أمام محكمة الموضوع تبعاً للدعوى الموضوعية .

٤١٥ — تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها : تنص المادة ٥١١ من تقنين المرافعات على أن « يعين المحضر حارساً على الأشياء المحجوزة ، ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المحجوز عليه بشخص مقتدر . ويجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك ، إلا إذا خيف التبديد وكان لذلك الخوف أسباب معقولة تذكر فى المحضر . ولا يجوز أن يكون الحارس خادماً للحاجز أو للمحضر ، ولا أن يكون قريباً أو صهراً لأيهما إلى الدرجة الرابعة » . وتنص المادة ٥١٢ من نفس التقنين على أنه « إذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة وكان المدين حاضراً ، كلفه الحراسة ولا يعتد برفضه إياها . أما إذا لم يكن حاضراً ، فيجب على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة ، وأن يرفع الأمر على الفور لقاضى محكمة المواد الجزئية ليأمر إما بنقلها وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز أو المحضر ، وإما بتكليف أحد رجال الإدارة المحلية الحراسة مؤقتاً » .

ويلاحظ هنا أن الخطر العاجل الذى فرضه القانون فرضا لا يقبل إثبات العكس هو الخطر الذى تتعرض له مصلحة الدائن الحاجز فيما إذا بددت المنقولات المحجوز عليها أو ضاعت ، ومن أجل ذلك أوجب القانون تعيين حارس عليها يقوم بحفظها وصيانتها ويقدمها فى اليوم المحدد للبيع . وهنا نرى أن الحراسة مقررة بموجب القانون فلا حاجة لاستصدار حكم بها أو أمر على عريضة . أما الحارس فلا يعينه القاضى ، بل المحضر الذى يوقع الحجز . وقد اشترط القانون كما رأينا ألا يكون الحارس خادماً للحاجز أو للمحضر أو أن يكون قريباً أو صهراً لأيهما إلى الدرجة الرابعة . وبيّن القانون الطريقة التى يعين بها الحارس ، فيعين المحجوز عليه إذا طلب ذلك ما لم يخش لأسباب معقولة أن يبدد المنقولات المحجوز عليها . فإن لم يطلب المحجوز عليه تعيينه حارساً ، وأتى هو أو الحاجز بشخص مقتدر ، عينه المحضر حارساً . فإن لم يأت أحد منهما بشخص مقتدر ، عين المحضر الحارس بنفسه . فإن لم يجد فى مكان الحجز شخصاً مقتدراً يقبل الحراسة ، وكان المحجوز عليه حاضراً ، ألزمه أن يكون حارساً ، « فليس فى تحميله واجب المحافظة على ماله إعنات له » كما تقول المذكرة الإيضاحية لتقنين المرافعات . أما إذا لم يكن المحجوز

عليه حاضراً ، فإنه يجب على المحضر أن يتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على المنقولات وأن يرفع الأمر فوراً لقاضي المحكمة الجزئية ، فيعين هذا حارساً يختاره الحاجز أو المحضر ، أو يكلف أحد رجال الإدارة المحلية بأن يكون حارساً . « ولايجوز أن يستعمل الحارس الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يعيرها ، وإلا حرم من أجرة الحراسة فضلا عن إلزامه بالتعويضات[1] . وإنما يجوز له إذا كان مالكاً لها أوصاحب حق فى الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له . وإذا كان الحجز على ماشية أوعروض أو أدوات أو آلات لازمة لإدارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مستغل أو مؤسسة ، جاز لقاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب أحد ذوى الشأن أن يكلف الحارس الإدارة أو الاستغلال أو يستبدل به حارساً آخر يقوم بذلك » (م ٥١٤ مرافعات) . « ولايجوز للحارس أن يطلب إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك . ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز الحضور أمام قاضي محكمة المواد الجزئية بميعاد يوم واحد ، ولايجوز الطعن فى الحكم الذى يصدر . ويجرد المحضر الأشياء المحجوزة عند تسليم الحارس الجديد مهمته ، ويثبت هذا الجرد فى محضر يوقع عليه الحارس ويسلم صورة منه » (م ٥١٥ مرافعات) .

٤١٦ — **وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة** : فى التنفيذ على العقار تنص المادة ٦١٧ مرافعات على أن « تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه ، ليوزع منها ما يخص المدة التى تلى التسجيل كما يوزع ثمن

---

(١) ويجوز للقضاء المستعجل أن يعزل الحارس وأن يستبدل به غيره ، كما يجوز له أن يقصر مأمورية الحارس على جرد المنقولات المحجوز عليها والإشراف على بقائها فى مكان الحجز ومعاينتها فى أوقات محددة ، حتى يتيسر للمحجوز عليه الاستمرار فى الانتفاع بها (مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٨ ص ٦٤٧ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٧ ص ٢٩٥). ويجوز لذوى الشأن طلب الحكم بعزل الحارس إذا قامت أسباب جدية تبرر ذلك (محمد عبد اللطيف فقرة ٣٥٧ ص ٢٩٦) . واختيار الحارس من حق الدائن الحاجز ، وإذا كان قد أجيزت إقامة المدين حارساً فذلك مشروط فيه رضاء الحاجز أوعلى الأقل عدم اعتراضه (مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٨ ص ٦٤٧ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . والمدين المحجوز عليه هو المسئول أصلا عن أجرة الحارس المعين على الأشياء المحجوز عليها (تلا ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٧ ص ٧٥٢) .

العقار » . ومن هنا أوجب القانون إقامة حارس على العقار حتى يكون مسئولا عن ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، إذ « يترتب — كما تقول المادة ٦١٥ مرافعات — على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً » . والحراسة هنا أيضاً تتقرر بموجب القانون وتقوم على خطر عاجل يفرضه القانون فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا الخطر يهدد مصلحة الدائنين فيما يتعلق بثمار العقار وإيراداته والخشية من أن تبدد أو تضيع[1] .

بقي تعيين الحارس ، وهنا فرق القانون بين ما إذا لم يكن العقار مؤجراً أو كان قد أوجر . ففي الحالة الأولى تنص المادة ٦١٨ مرافعات على أنه « إذا لم يكن العقار مؤجراً ، اعتبر المدين حارساً إلى أن يتم البيع ، ما لم يحكم قاضي البيوع بصفته قاضياً للأمور المستعجلة بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أي دائن بيده سند تنفيذي . وللمدين الساكن في العقار أن يبقى ساكناً فيه دون أجرة ». فالمحجوز عليه إذن يعتبر حارساً بحكم القانون ، ومع ذلك يجوز عزله واستبدال حارس آخر به ، أو تحديد سلطته كأن يفرض عليه بيع الثمرات والحاصلات بالمزاد العلني ، وذلك بحكم يصدر من قاضي البيوع بصفته قاضياً للأمور المستعجلة[2] ، بناء

---

(١) ويعين الحارس حتى لو طعن في تنبيه نزع الملكية بالمعارضة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٩) . ولا يجوز لكفيل المدين المتخذ ضده إجراءات نزع الملكية طلب وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٧٩) .

ولم تكن المادة ٥٤٥ مرافعات وطني قديم تنص على الحراسة كما نصت عليها المادة ٦٢٢ مرافعات مختلط ، ولكن القضاء الوطني كان يفرض الحراسة (استئناف مصر ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٧ ص ٧٠٢ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ — مصر الكلية ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣١٩ ص ٨٢٦ — بني سويف الكلية ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٠١ ص ٩٦٨ — انظر عكس ذلك وأن الحراسة لا تفرض على العقار المنزوع ملكيته : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ — المنيا الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٣٧ ص ٢٦٩) .

(٢) أو يصدر من القاضي الأصلي للأمور المستعجلة (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٤) . أما قاضي البيوع بصفته قاضياً للأمور المستعجلة فإنه يمثل المحكمة الكلية التي ندبته ، ومن ثم فالحكم الصادر منه بعزل المدين عن الحراسة على العقار يكون استئنافه أمام محكمة الاستئناف . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن مفاد المادة ٦١٢ من قانون المرافعات أن اختصاص قاضي البيوع يتنوع بحسب قيمة العقارات التي يجري بيعها ، فهو تارة يكون قاضياً جزئياً وفي تارة أخرى يمثل =

على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن آخر بيده سند تنفيذى[١] . وإذا كان

= المحكمة الابتدائية التى ندبته ويحل محلها فى إجراء البيوع الخاضعة لها ، بما فى ذلك ممارسة الاختصاصات الأخرى المتصلة بالتنفيذ على العقار والتى نص عليها القانون ، ومن ذلك ما أوردته المادة ٦١٨ مرافعات من اختصاصه بالحكم بعزل المدين من الحراسة على العقارات التى يجرى بيعها أمامه أو تحديد سلطته وذلك بصفته قاضياً للامور المستعجلة . ولم يقصد المشرع من إضفاء هذا الوصف على قاضى البيوع أن يجعل منه قاضياً للأمور المستعجلة مختصاً بنظر كل المسائل المستعجلة والتى يخشى عليها من فوات الوقت ، وإنما أراد تخصيصه بأن يقضى قضاء مستعجلا فيما نصت عليه المادة ٦١٨ من قانون المرافعات يمارس اختصاصه فيه بطريق التبعية لتنفيذ على العقار وبيعه تطبيقاً لما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ مرافعات . ومن ثم فإن الحكم الصادر من قاضى البيوع بالمحكمة الابتدائية برفض طلب الحراسة يعتبر بمثابة حكم صادر من المحكمة الابتدائية نفسها ولا سبيل إلى استئنافه أمام نفس المحكمة التى أصدرته ، بل يرفع الاستئناف عنه لدى محكمة الاستئناف (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥٨ ص ٣٧٧) .

(١) وللقاضى عزل المحجوز عليه وتعيين حارس آخر مكانه ، ليس فحسب إذا امتنع عن إيداع ثمرات العقار لحساب الدائنين ، بل أيضاً إذا أودعها ولكن ثبت للقاضى أنه سىء الإدارة لا يستغل العقار الاستغلال المألوف ، ومن باب أولى إذا ثبت أنه سىء النية ويتعمد سوء الإدارة إضرارا بحقوق الدائنين (انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢١٣ ص ٢٠٤ — ص ٢٠٥ — استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٥ — ومع ذلك انظر فى أن القاضى يتعين عليه عزل المحجوز عليه وتعيين حارس آخر مكانه بمجرد أن يطلب منه ذلك : مصر مستعجل ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٩ ص ٩٠٨ — وانظر فى أن تقدير القاضى للحكم بالعزل يجب ألا يتعدى تصرف المدين فى ثمار العقار ، فإذا امتنع عن إيداعه لذمة الدائنين ولم يقدم ضماناً يكفل اتباعه أحكام القانون فى المستقبل وجب عزله وتعيين حارس آخر مكانه : استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧ — محمد على رشدى فقرة ٢٤٢ ص ٣٣٨ — وانظر فى أن الحائز للعقار له أن يعارض فى وضع العقار المنزوع ملكيته تحت الحراسة إذا أثبت أنه لم يتصرف فى ريع العقار : استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٦٤) .

وإذا امتنع المحجوز عليه من إيداع ثمرات العقار لحساب الدائنين ، عزله القاضى كما قدمنا وعين حارساً آخر مكانه ، وذلك حتى لو ثبت أن قيمة العقار كبيرة إلى حد أنها تكفى لوفاء جميع الديون كاملة (محمد على رشدى فقرة ٢٤٢ — انظر عكس ذلك وأنه لا محل لتعيين حارس جديد فى هذه الحالة : عبد الحكيم فراج فقرة ٢١٢ ص ٢٠٢ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٤ — استئناف مصر ١٧ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٤ ص ١٨١ — ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٧١٧ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ — استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٣٣ — ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٣ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٧ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٥٤ — ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٠ :

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم بوضع عين تحت الحراسة بناء على أن طلاب الحراسة قد اتخذوا إجراءات نزع ملكية هذه العين وسجلوا تنبيه نزع الملكية مما يترتب عليه إلحاق ثمرات العين بها ، ثم رفع شخص دعوى أمام القضاء المستعجل طلب فيها رفع الحراسة بناء على =

العقار داراً للسكنى ، والمفروض أن المحجوز عليه هو الذى يسكنه لأنه غير مؤجر ، فله أن يبقى ساكناً فيه دون أجرة[١] . أما إذا كان العقار أرضاً زراعية ، والمفروض أن المحجوز عليه هو الذى يقوم بزراعتها لأنها غير مؤجرة ، فله « أن يبيع ثمرات العقار وحاصلاته متى كان ذلك من أعمال الأدارة الحسنة » (م ٦١٩ مرافعات)[٢] . كذلك يجوز « لكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى البيوع أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أوغيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمرات وبيعها . وتباع المحصولات والثمرات بالمزاد أوبأية طريقة أخرى يأذن بها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة»[٣]. وفى الحالة الثانية ، « إذا كان العقار مؤجراً ، فجرد

= أنه المالك للعين وأن إجراءات نزع الملكية لم تتخذ فى واجهته مع أنه أخبر طلاب الحراسة بأنه المالك للعين بموجب عقد مسجل فهو الحائز لها قانوناً ، ومقتضى ذلك أن تكون إجراءات نزع الملكية وماترتب عليها من إلحاق ثمرات العين بها باطلة ولا تسرى فى حقه ، فقضت محكمة المواد المستعجلة بعدم اختصاصها بالفصل فىهذا الطلب بناء على أن طلاب الحراسة لم يسلموا بأن المدعى هو الحائز للعين ، وأنه لتبين صحة هذا الادعاء يكون من اللازم تطبيق مستندات الملكية على الطبيعة مما يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل ، فالطعن فى هذا الحكم من المدعى المذكور بأنه إذ قضى بعدم اختصاص القضاء المستعجل بالفصل فى طلب رفع الحراسة قد أقر الحكم السابق مع أن أثره لا يصح أن يتعدى إليه لعدم اتخاذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته لا يكون له وجه (نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٣٨٣) .

(١) إلا إذا عين أجنبى حارساً ورأى أن المصلحة تقضى بإخراج المدين من مسكنه حتى يتمكن من الإدارة (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٥٥) .

(٢) وللمحجوز عليه أن يأخذ من ثمرات الأرض ما يلزم لقوته ولقوت أهله ، قياساً على الحكم القاضى بعدم جواز الحجز على الحبوب والدقيق اللازمين لقوت المدين وأسرته (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٣ ص ٢٥٢ هامش ٢) .

(٣) وكان القضاء المختلط يجيز الحراسة على العقار حتى قبل توقيع الحجز عليه إذا كانت الظروف تقتضيها (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠ – ٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤ ص ٢١٨ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠) ، كما كان يجيز الحراسة فى الحالات التى يكون العقار فيها مؤجراً إذا وجد مبرر للحراسة (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٨ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢٣ – ١١ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧ – ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠ – ٢٨ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥٣ – ٢١ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٧) ، كأن يثبت أن الإيجار صورى أو باطل (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٥) ، أو أن هناك تواطؤا بين المؤجر والمستأجر (استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٦ – ٢١ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٩ – ٧ نوفمبر =

التكليف من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى للمستأجر بعدم دفع ما يستحق من الأجرة بعد تسجيل التنبيه يقوم مقام الحجز تحت يده ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر » (م ٦٢٢ مرافعات) . وقد يوفى المستأجر الأجرة للمحجوز عليه قبل أن يصل إليه التكليف بعدم الدفع ، فنى هذه الحالة يصح الوفاء ، ويكون المحجوز عليه مسئولا عما استوفاه من الأجرة بوصفه حارساً (م ٦٢٣ مرافعات)[1] .

§ ٢ – قيام نزاع فى شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه

٤١٧ — الشروط الواجب توافرها فى هذا الفرض : قدمنا أن قيام الخطر العاجل هو شرط عام يجب توافره فى جميع فروض الحراسة القضائية ، وأحوالها المختلفة . فيجب إذن أن يتوافر هذا الشرط فى الفرض الذى نحن بصدده .

ولما كنا لم نصل بعد ، فى هذا الفرض الثانى ، إلى أعلى مراتب التعميم فإنه لا يزال مشترطاً ، إلى جانب قيام الخطر العاجل ، قيام نزاع فى شأن المال أو عدم ثبوت الحق فيه .

= سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢٣–٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣١–١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ – ٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٤ – ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٢ – ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٦٤) أو أن هناك شبهة تواطؤ بأن نص مثلا فى عقد الإيجار على دفع الأجرة مقدماً (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠) ، أو أن المستأجر مثير للشك ولم يقدم من الضمانات ما يكفى لحصول الدائنين على الثمرات (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤١) .

ويمكن الأخذ بهذا القضاء حتى بعد صدور تقنين المرافعات الجديد ، إذ أن نص المادة ٦١٨ من هذا التقنين يوافق نص المادة ٦٢٢ من تقنين المرافعات المختلط (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٦) .

(١) ويخلص من ذلك أنه إذا كان العقار موجراً ، فإن وضعه تحت الحراسة وتعيين المحجوز عليه حارساً لا يكون إلا إذا قبض هذا الأخير شيئاً من الأجرة قبل تكليف المستأجر بعدم الدفع . أما إذا لم يقبض المحجوز عليه شيئاً من الأجرة ، فتكليف المستأجر بعدم الدفع يعتبر حجزاً على الأجرة تحت يده ، ولا تقوم ثمة حاجة للحراسة أو لتعيين حارس (استئناف أسيوط ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥٠٥ ص ٨٨٥ – استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ – قارن استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٢ – ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٤٨ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٢٣ – ٢١ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٧ – مصر مستعجل ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٣٥ رقم ٩٣٠ ص ١٧٨١) .

والنزاع الذى يقوم فى شأن المال يجب أن يكون نزاعاً جدياً[1] ، وتكفى جدية النزاع فلايشترط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء[2] . ويقوم النزاع فى شأن أى مال ، عقاراً كان أو منقولا أومجموعاً من المال ، كما هو صريح نص المادة ٧٢٩ مدنى التى تحيل عليها المادة ٧٣٠ مدنى ، إذ تقول المادة ٧٢٩ مدنى كما رأينا : « الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أوعقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت . . » . فقيام نزاع فى شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال ،

---

(١) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٩ ص ٧٣ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٨ – وقارن استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٨٤ ص ١٦٥ .

(٢) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٨ – ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٠م ٣٣ ص ١٢ – نقض فرنسى ٢٢ يوليه سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢١ – ١ – ١٢٤ – بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٧ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٢ ص ٤٦٢ .

وقد يعترض على عدم اشتراط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء بأن هذا يمكن الخصم من انتزاع المال من يد خصمه بوضعه تحت الحراسة ، ثم لا يرفع الخصم دعوى النزاع الموضوعية فيبقى المال تحت الحراسة إلى غير أجل معين . ويرد على هذا الاعتراض بأن فى وسع الخصم الآخر أن يتظلم من بقاء الحراسة (كرموز ٢٢ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٤١ ص ٤٩) ، كما يجوز أن يطلب من المحكمة تحديد ميعاد لرفع دعوى الموضوع وتوقيت الحراسة بهذا الميعاد . وقد قضى بأن المحكمة قد ترى وهى تقضى بالحراسة أن تعين أجلا لرفع دعوى موضوعية للفصل فى النزاع تنتهى عنده الحراسة (مصر استئنافى ٢٠ يوليه سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٨٤ ص ١٨) . وقضى بأن طلب الحراسة لا يجاب إلا إذا كان حق طالب الحراسة على الأعيان المتنازع عليها لا يقل عن حق واضع اليد فى طبيعته وقوة ثبوته (إسكندرية مستعجل ٢٢ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٩ ص ٩١٨) . وقضى أيضاً بأنه إذا مضى على فرض الحراسة ثمانية أشهر دون أن ترفع دعوى الموضوع ، جاز الحكم برفع الحراسة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٢) . انظر عكس ذلك وأنه لا يكفى قيام النزاع بل يجب أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء : طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص٨١) ، وأن تحقيق النيابة لا يعد نزاعاً قضائياً بل إن هذا النزاع لا يكون إلا بطرح القضية أمام القضاء : السنطة ٢ يناير سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٤٧ ص ١٧ .

كذلك لا يكفى أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء ليكون النزاع جدياً ، فقد ترفع دعوى موضوعية لخدمة دعوى الحراسة دون أن يكون هناك نزاع جدى (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٣١ – مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١) . فيجب إذن أن تثبت جدية النزاع من وقائع دعوى الحراسة ذاتها ومن ظاهر المستندات المقدمة فيها من الخصوم (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١ – عبد الحكيم فراج فقرة ١١٠ – محمد على عرفة ص ٥٢٧) .

وعدم اتفاق المتنازعين على الحراسة (م ٧٣٠ مدنى) ، يبرر كما نرى فرض الحراسة القضائية ، وننتقل بذلك من الحراسة الاتفاقية إلى الحراسة القضائية . وليس يلزم أن يكون النزاع الذى يقوم فى شأن المال منصباً على ملكيته أو على حيازته – كما تشترط المادة ١٩٦١ مدنى فرنسى فيما قدمنا[١] – بل يصح أن يكون النزاع منصباً على إدارة المال أو على استغلاله[٢] ، وقد سبق أن بينا كيف توسع التقنين المدنى القديم (م٤٩١/٦٠٠) فى هذا الصدد ، وزاد القضاء فى التوسع[٣] ، واقتفى أثرهما التقنين المدنى الجديد (م٧٢٩ – ٧٣٠) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لما كان اتفاق الخصوم نادر الوقوع ، ونظراً لما للحراسة من مزية حفظ المال لذمة صاحب الحق فيه ، نصت أكثر الشرائع على جواز فرض الحراسة بحكم من القضاء ، وقد توسع القضاء المصرى فى ذلك . ونص المشروع على جواز الحكم بالحراسة : ١ – فى كل حالة تجوز فيها الحراسة الاتفاقية طبقاً للمادة السابقة ، أى حيث يكون هناك منقول أو عقار أومجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، ولا يتفق الطرفان على وضعه تحت الحراسة ، فيجوز لأيهما أن يطلب الحكم بوضعه تحت الحراسة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٩) – وتقول : « ولا يشترط لاعتبار الشىء متنازعاً فيه قيام دعوى بشأنه ، بل إن مجرد الخلاف بين صاحبى مصلحة فيه يكفى – كالخلاف بين المالكين على الشيوع – ولو كان الخلاف فى أمر فرعى ، كما إذا كان الخلاف على إدارة المال واستغلاله » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٧) .

(٣) فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ليس من الضرورى أن يكون النزاع منصباً على الملكية أوالحيازة ، بل تصح الحراسة إذا وجد القاضى هذا الإجراء ضرورياً للمحافظة على حقوق الخصوم (استئناف مختلط ٢٨ يونيه سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥) . وقضت أيضاً بأن لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بوضع جريدة سياسية تحت الحراسة وإحلال حارس محل مديرها إذا اختلف هذا فى الرأى مع ممثلى حزبه المعتمدين ، وذلك لضمان ظهور الجريدة فى مواعيدها المعتادة وفقاً لمبادئ الحزب ، ولا يؤثر فى ذلك كون المدير المذكور هو صاحب الجريدة ومدير إدارتها (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٩٦) .

ويكفى أن يكون النزاع محتملا (طنطا استئنافى ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٠٠ ص ٦٥١) . وقد يتعلق النزاع بغلة العين أو بإدارتها لا بملكيتها (إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٥ – جرجا ١١ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٥ ص ٣٩٨) . ويشمل النزاع الموجب للحراسة كل نزاع متعلق بالملك أو وضع اليد ومايتبع ذلك وما يتفرع عنه أوما كان من مقتضياته ، لأن المادة ٤٩١ مدنى لا تحتم وجود نزاع معين ، بل يكفى توافر النزاع على إطلاقه ، وأمره موكول لتقدير القاضى متى ما تبين أن هناك مصالح مهددة بالخطر أوحقوقاً يتعذر تحصيلها (مصر استئنافى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧٢ ص ١٦٢) .

ويترك للقضاء تقدير ما إذا كان هناك نزاع قائم ، فيبت فى ذلك طبقاً لما يستخلصه من وقائع الدعوى[١] . وتقديره لقيام النزاع وللقيمة الظاهرية لمستندات الخصوم ولقيام خطر عاجل يهدد المال أو ثمراته بالضياع أو النقص لو بقى فى حيازة واضع اليد ، كل هذا فصل فى مسائل موضوعية ، فلا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض[٢] . ومن ثم يجوز للقاضى وضع المال تحت الحراسة القضائية ، إذا هو قدر أن هناك نزاعاً جدياً فى الملكية أو فى الحيازة أو فى إدارة المال الشائع أو فى أنصبة الشركاء على الشيوع أو فى إدارة التركة أو فى حقوق الورثة أو فى إدارة الشركة أو فى غير ذلك مما سنبينه تفصيلا عند إيراد التطبيقات العملية لهذا الفرض الذى نحن بصدده ، وإذا قدر القاضى فى الوقت ذاته قيام خطر عاجل يهدد مصلحة طالب الحراسة .

وقد لا يكون هناك نزاع فى شأن المال ولكن يكون الحق فيه غير ثابت ، وهذا كاف لتبرير وضع الحراسة القضائية على المال ، مادام قد ثبت أن هناك خطراً عاجلا يهدد مصلحة طالب الحراسة . « ومثل الحق غير الثابت — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[٣] — أن يكون الحق مقترناً بشرط موقف أو فاسخ » . فإذا اشترى شخص داراً فى بلد لا يسكنها ، وعلق الشراء على شرط واقف هو أن يسكن البلد الذى فيه الدار ، فالمشترى له حق ملكية فى الدار معلق على شرط واقف ، والبائع له حق ملكية فى نفس الدار معلق على شرط فاسخ . فإذا كانت الدار فى يد البائع ، ولتوقعه أن الشرط الواقف سيتحقق أخذ يسىء استعمال الدار ويخربها ، فيهدد بذلك حق المشترى المعلق على شرط واقف ، جاز للمشترى أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتحقق الشرط . والحق هنا غير متنازع فيه ، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط واقف . ولو فرض العكس وكانت الدار فى يد المشترى استأجرها مثلا قبل أن ينتقل إلى البلد نهائياً ، وتوقعاً منه

(١) الأزبكية ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٠ ص ٧٨١ — مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٨ ص ٩٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٣ — ٥ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢١ رقم ٤٢٨ ص ٣٣٨ — ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٠ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٢ — عبد الحكيم فراج فقرة ١١٠ — محمد على عرفة ص ٥٢٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٧ .

أن هذا الانتقال النهائى لن يتم فيتخلف الشرط أخذ يسيء استعمال الدار ، فإنه يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتخلف الشرط . والحق هنا غير متنازع فيه ، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط فاسخ . والحق يكون غير ثابت أيضاً إذا رسا مزاد العقار المنزوع ملكيته على شخص وضع يده عليه ، ثم قرر شخص آخر زيادة العشر . فهنا يكون حق الراسى عليه المزاد غير ثابت ، إذ لا تعرف نتيجة التقرير بزيادة العشر وما يترتب عليه من إعادة البيع بالمزاد ، فقد يرسو المزاد مرة ثانية على من رسا عليه أول مرة وقد لا يرسو ، فإذا خيف على العقار وهو فى يد الراسى عليه المزاد ، وحقه غير ثابت كما رأينا ، جاز للدائنين وللمدين أن يطلبوا وضع العقار تحت الحراسة حتى يفصل فى موضوع المزاد الثانى . وسواء اعتبر الشرط الفاسخ الذى تعلق عليه ملكية الراسى عليه المزاد الأول هو مجرد التقرير بزيادة العشر أو رسو المزاد الثانى ، ففى الحالتين يعتبر حق الراسى عليه المزاد الأول غير ثابت ، وهذا وحده يكفى — ولو لم يكن هناك نزاع — لتبرير فرض الحراسة القضائية إذا ثبت أن هناك خطراً عاجلا يهدد مصلحة الدائنين أو مصلحة المدين[1] . ويجوز أيضاً وضع العين التى بيعت بالمزاد سداداً للدين تحت الحراسة القضائية ، إذا تخلف الراسى عليه المزاد عن دفع الثمن واتخذت الإجراءات لبيعها على ذمته ، وخشى من بقاء العين تحت يده لإهماله فى إدارتها أو لإحداثه تخريبات فيها ، وبخاصة إذا كان معسراً يتعذر الرجوع عليه بالتعويض[2] . وحق الراسى عليه المزاد هنا حق قد فسخ بتخلفه عن دفع الثمن ، فهو ليس بحق غير ثابت ، بل هو حق قد زال .

وبعد أن استعرضنا تطبيقات عملية للحق غير الثابت ، ننتقل الآن إلى تطبيقات عملية أخرى للنزاع الذى يقوم فى شأن المال . فنستعرض حالات

---

(١) انظر فى الخلاف القائم فى هذه المسألة محمد على راتب فقرة ٣٧٨ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٧ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩٨ — ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ — محمد على راتب فقرة ٣٧٧ — أو إذا كان الراسى عليه المزاد قد تأخر فى دفع ثمن الأرض واستمر حائزاً لها يقبض جميع ريعها ، تاركاً فوائد الثمن تتراكم وتزيد فى أعباء الأرض المنزوع ملكيتها (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ — ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ — ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٩ — عبد الحكيم فراج فقرة ١١٨ ص ١٠٤ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٦ ...

يكون النزاع فيها متعلقاً بالملكية أوبالحيازة ، وحالات يكون النزاع فيها متصلا بعقد البيع أوبعقد الإيجار ، وحالات يتصل النزاع فيها بالمال الشائع أو بالتركات أو بالشركات والهيئات المعنوية الأخرى .

٤١٨ — **النزاع متعلق بالملكية أو بالحيازة** : إذا وقع نزاع فى ملكية العقار وكان العقار فى يد الحائز وقد استوفى الشروط اللازمة لحماية حيازته بدعوى منع التعرض وبدعوى استرداد الحيازة ، لم يجز فى الأصل أن يؤخذ العقار منه عن طريق وضعه تحت الحراسة . بل يبقى العقار فى يده ، وعلى الخصم الآخر أن يرفع دعوى الملكية[1] . ولكن مع ذلك إذا أثبت الخصم الآخر أن هناك خطراً عاجلا من بقاء العقار تحت يد الحائز ، كما إذا أهمل الحائز فى المحافظة على العقار وأخذ يبدد غلته توقعا لأن يحكم لخصمه بالملكية ، جاز للخصم أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة القضائية أمام القضاء المستعجل أو أمام محكمة الموضوع المرفوع إليها دعوى الملكية بدعوى تبعية مستعجلة ، وذلك إلى أن يفصل فى دعوى الملكية[2] .

وقد ينصب النزاع لا على الملكية ، بل على الحيازة . فإذا رهن شخص عيناً رهن حيازة وامتنع عن تسليمها للدائن المرتهن ، فرفع هذا دعوى يطالب بالتسليم ، وخشى فى أثناء نظر الدعوى من أن يخرب الراهن العين توقعاً للحكم عليه ، وأثبت أن هناك خطراً عاجلا يهدد مصلحته على هذا النحو ، جاز له أن يطلب من محكمة الموضوع أو من القضاء المستعجل وضع العين تحت الحراسة حتى يفصل فى الدعوى الموضوعية[3] . وكذلك يجوز للراسى عليه المزاد أن يطلب نزع الأرض من المدين المنزوع ملكيته ووضعها تحت الحراسة ، حتى يفصل قاضى الموضوع فى دعوى التسليم التى رفعها الراسى

(١) وقد قضى بأنه إذا كان من وضع يده على العقار سنة يستطيع الانتفاع بدعوى وضع اليد وألا تنزع العين منه ، فما ينقض ذلك أن يؤذن بأخذ العين منه عن طريق الحراسة (مصر مستعجل أول يونيه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٦٣ ص ١٣٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ نوفبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٥ — بنى سويف استئنافى ٢٨ سبتمبر سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٣٨٠ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٧ .

(٣) وقد قضى بأنه إذا وقع نزاع فى جدية الرهن الحيازى ، جاز وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص١٠٨) وقضى بأنه يجوز تعيين حارس قضائى فى دعوى وضع اليد ، ويجوز تعيين واضع اليد حارساً قضائياً إذا كان كفئا لذلك (مصر الوطنية ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ٢٧ — استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٩) .

عليه المزاد على المدين ، وذلك إذا أثبت الراسى عليه المزاد أن فى بقاء الأرض تحت يد المدين خطراً عاجلا يهدد مصلحته[١] .

٤١٩ — النزاع متصل بعقد البيع : ويرتبط بالنزاع على الملكية أوعلى الحيازة نزاع يتصل بعقد البيع ، فينصب النزاع بطريق غير مباشرعلى الملكية أوالحيازة عن طريق النزاع فى عقد البيع . وفى هذه الحالة يجوز وضع العين المبيعة تحت الحراسة إذا تحقق قيام الخطر العاجل .

فإذا رفع البائع دعوى على المشترى ببطلان البيع لخلل فى أحد أركانه ، أو بإبطاله لنقص فى الأهلية أولعيب فى الرضاء أوبفسخه لتخلف المشترى عن دفع الثمن[٢] أولإخلاله بشروط البيع ، فإن النزاع هنا ينصب مباشرة على

---

(١) فقد لا يتمكن الراسى عليه المزاد من تسلم الأرض بسبب منازعات قضائية أثارها المدين المنزوع ملكيته ، وهذا الأخير مستمر فى وضع اليد واستغلال الأرض لمصلحته استغلالا يضر بها وبمصلحة الراسى عليه المزاد والدائنين (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٩ — عبد الحكيم فراج فقرة ١١٨ ص ١٠٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١٤ — ولكن البائع الذى لم يستوف الثمن لا يصح أن يلجأ إلى دعوى الحراسة إذا أمكنه أن يصل إلى حقه بالطرق العادية ، كأن يستوفى مثلا الأجرة من مستأجر العقار بالطرق القانونية (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣١٣ ص ٦٢٢) . بل إنه قد قضى فى عهد التقنين المدنى القديم بأن البائع ، إذا انتقلت الملكية منه إلى المشترى ، يصبح غير ذى صفة فى رفع دعوى الحراسة ، لأن هذه الدعوى فرع تابع للملكية ، فالبائع الذى لا يملك رفع دعوى استحقاق الملكية لا يملك رفع دعوى الحراسة (استئناف مصر ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٥ ص ٢١٦ — وانظر فى انتقاد هذا الحكم عبد الحكيم فراج فقرة ١١٤) . وقضى من جهة أخرى بوجوب تسجيل عقد البيع حتى يصح للبائع أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة لتخلف المشترى عن دفع الثمن (استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٤ ص ١١٦٨ : والحكم منتقد إذ البيع غير المسجل كالبيع المسجل ينشئ للبائع حقاً فى المطالبة بالثمن — انظر محمد على راتب فقرة ٣٧٦) .

ولكن لا يجوز على كل حال للبائع الذى لم يستوف الثمن ، إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد حقوقه ، أن يطلب تعيين حارس على العين المبيعة ، بدعوى أن إجراءات نزع الملكية إجراءات طويلة وأن الحراسة طريق للوصول إلى حقه فى وقت قريب ، ذلك لأن نزع الملكية هو الطريق الوحيد الذى رسمه القانون لتنفيذ الدائن بحقه (مصر مستعجل ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٣٤ ص ٨٨) ، ولم تشرع الحراسة كوسيلة لإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٣) . ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز أن يشترط البائع وضع العقار المبيع تحت الحراسة إذا تأخر المشترى عن دفع الثمن ، وينفذ الشرط بصرف النظر عن قيام خطر عاجل (استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١) . ولكن يلاحظ أن الحراسة هنا حراسة اتفاقية لا حراسة —

عقد البيع ، ولكنه يتصل بطريق غير مباشر بملكية العين المبيعة ، إذ لو بطل البيع أو أبطل أو فسخ لعادت ملكية المبيع إلى البائع . فإذا ادعى البائع أنه يخشى من بقاء العين تحت يد المشترى فى أثناء نظر الدعوى الموضوعية ، وأثبت أن بقاءها تحت يد المشترى يهدد مصلحته بخطر عاجل ، جاز له أن يطلب من محكمة الموضوع أو من القضاء المستعجل وضع العين المبيعة تحت الحراسة القضائية . وكذلك إذا أثبت البائع الذى لم يستوف الثمن أن المشترى يخرب العين المبيعة للانتقاص من حق امتيازه[1] ، أو أثبت أن المشترى لم يقم بسداد الديون التى تضمنها العين المبيعة وفقاً لشروط البيع أو لم يقم بسداد الضرائب المستحقة على العين ، وأن عدم سداد الديون أو الضرائب يهدد العين بنزع الملكية فيضعف ضمانه ، جاز له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة حتى يقوم الحارس بالمحافظة عليها أو بسداد ديونها أو بسداد المستحق من الضرائب ، وذلك إلى أن يستوفى البائع الثمن من المشترى[2] . ويجوز للبائع طلب وضع العين

= قضائية ، وأن اتفاق الخصوم يغنى فى الحراسة الاتفاقية عن تحرى قيام الخطر العاجل « انظر آنفاً فقرة ٤٠١) .

(١) فقد تكون العين المبيعة أرضا زراعية ويتركها المشترى بوراً أو يزرعها زراعات متوالية دون تسميد فيستنزف قوتها ، مما يؤثر فى ضمان البائع (استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥١ — ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨) . ومع ذلك فقد قضى بأن البائع ، الذى يدعى وجود خطر على حقوقه من إهمال المشترى زراعة الأرض المبيعة أو عدم العناية بها ، أمامه طريق غير الحراسة ، وهو أن يطلب فسخ البيع (استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٤ ص ١١٦٨ وهو الحكم السابق الإشارة إليه : ويؤخذ على هذا الحكم أيضاً أن دعوى الفسخ قد تطول وتتعرض حقوق البائع فى أثناء هذه المدة الطويلة للخطر ، فلا يستطيع اتقاء ذلك إلا بالحراسة — عبد الحكيم فراج فقرة ١١٦ ص ١٠١ — وقارن أيضاً استئناف ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٥ ص ٢١٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

ولا محل للحراسة إذا صدر حكم ابتدائى برفض دعوى الفسخ لعدم ثبوت تقصير فى جانب المشترى ، ولو كان هذا الحكم الابتدائى قد طعن فيه بالاستئناف (محمد على راتب فقرة ٣٧٥ ص ٩٤٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥١ — ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٩ — أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٦ — ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ — ولكن لا محل للحراسة إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد مصالح البائع ، فإذا كانت الأرض المبيعة مزروعة بالطريقة المألوفة أو مؤجرة ، وتدار إدارة حسنة ، ويقوم المشترى بالتزاماته من سداد الديون فى مواعيدها وسداد الضرائب ، وجب رفض دعوى الحراسة (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٣) .

تحت الحراسة إذا حكم للشفيع بالشفعة ، وكان هناك خلاف بينه وبين البائع على مقدار الثمن والمصروفات(١) . كما يجوز للبائع ، الذى اشترط استيفاء الثمن عقب التسليم وتهرب المشترى من التسلم ، أن يطلب تعيين حارس لتسليمه العين حتى يتمكن من استيفاء الثمن(٢) .

وإذا رفع المشترى على البائع ، دعوى بصحة التعاقد وتسليم العين ، وخشى فى أثناء نظر الدعوى أن يخرب البائع العين توقعاً لأن يخسر الدعوى ، جاز للمشترى أن يطلب وضع العين تحت الحراسة حتى يفصل فى الدعوى الموضوعية(٣) . وهنا يمكن القول بأن النزاع ينصب مباشرة على عقد البيع ، ويتصل بطريق غير مباشر بحيازة العين المبيعة . ولكن إذا كان البائع قد تصرف فى العين لمشتر آخر قبل أن يسجل المشترى الأول دعوى صحة التعاقد والتسليم ، لم يجز الحكم بوضع العين تحت الحراسة لأن الدعوى الموضوعية غير منتجة فى تسليم العين إلى المشترى الأول(٤) .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٢ – قد قضى بأنه إذا كان الشيء المبيع أثمار حديقة وتأخر المشترى فى دفع باقى الثمن بحجة عدم تسلمه أو بحجة عدم جنى شيء من الثمار لحصول عجز فى مساحة الحديقة عما هو وارد فى عقد البيع ، جاز وضع الثمار تحت الحراسة إذا كان عدم التسليم أو عدم جنى الثمار متنازعاً عليه من الطرفين ، وكان فى استمرار الأثمار الناضجة على الشجر دون جنى إضرار بحق كل من البائع والمشترى (مصر مستعجل ١٩ يناير سنة ١٩٣٥ قضية رقم ٣٢٣ سنة ١٩٣٥ وأشير إلى الحكم فى محمد على راتب فقرة ٣٧٥ ص ٩٤٤ هامش ٤) . وإذا باع شخص ماكينة لعدة شركاء ولم يدفعوا له الثمن كله ، ثم اختلف هؤلاء الشركاء حول إدارة المصنع الموجود به الماكينة ، فإن هذا يكفى لتوافر الخطر المبرر لفرض الحراسة على الشيء المبيع (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٩ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٣ ص ٢٣٨ هامش ٢) .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٧٦ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٤ – وقد قضت محكمة النقض بأن البيع ينعقد صحيحاً بالعقد غير المسجل كما ينعقد بالعقد المسجل ، ولا فرق بينهما سوى أن نقل الملكية فى العقد غير المسجل يتراخى إلى الوقت الذى يتم فيه التسجيل فعلا ، ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح أن من حق المشترى أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصى وأثر من آثار البيع الذى لا يحول دونه حصول التسجيل ، ومن شأن هذه الآثار أيضاً أن يكون للمشترى إذا ما خشى على بقاء العين تحت يد البائع طيلة النزاع أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة ، عملا بنص المادة ٤٩١ المذكورة (مدنى قديم) إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .

(٤) ولكن إذا نازع المشترى فى صحة العقد المسجل بأن ادعى التواطؤ بين البائع والمشترى الثانى إضراراً بحقوقه ، وثبتت جدية النزاع ، جاز وضع العقار المبيع تحت الحراسة (مصر مستعجل ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٢٢ ص ٦٧٤ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٥ .

٤٢٠ — النزاع متصل بعقد الإيجار : ويتصل بالنزاع على الحيازة نزاع يتصل بعقد الإيجار ، فينصب النزاع بطريق غير مباشر على الحيازة عن طريق النزاع المباشر على عقد الإيجار ، فإذا طعن المؤجر فى عقد الإيجار بالبطلان أو بالإبطال أو بالفسخ ، وخشى من بقاء العين المؤجرة تحت يد المستأجر لخطر عاجل يهدد مصالحه ، جاز وضع العين تحت الحراسة إلى أن يفصل فى دعوى الموضوع .

ويجوز أيضاً للمؤجر أن يطلب وضع الأرض المؤجرة تحت الحراسة ، إذا أهمل المستأجر زراعتها أو تركها بوراً أو كانت الضرورة تقضى بتهيئتها للزراعة فوراً ولم يقم المستأجر بذلك[1] . ويجوز للمؤجر أيضاً أن يطلب تعيين حارس على العين ، إذا قام نزاع بينه وبين المستأجر فى شأن تجديد عقد الإيجار تجديداً ضمنياً ، ليقوم الحارس بإيداع غلة العين خزانة المحكمة إلى أن يفصل فى هذا النزاع[2] . وإذا قام نزاع بين المؤجر والمستأجر حول صحة التنازل عن الإيجار ، أوحول تفسير شروط الإيجار ومدى أحقية المؤجر لجزء من المحصولات إلى جانب الأجرة ، جاز أن يطلب المؤجر وضع حارس على العين المؤجرة لتحصيل الأجرة إذا امتنع المستأجر عن سدادها

---

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٦٣ — إسكندرية مستعجل ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٣٦٧ ص ٧٣١ — وقد قضى بأن إهمال المستأجر زراعة الأرض المؤجرة يدعو إلى رفع يده عنها ، منعاً لما عساه أن ينشأ من استمرار وضع يده على العين من خطر عليها بإتلافها واستهداف حقوق المؤجر للضياع لتراكم الإيجار (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص ١٥٧٩ — عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٣ — محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ هامش ١ — محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ ص ٢٤٠ هامش ٣ — وقارن استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) .

ويجوز لأحد المستأجرين الشريك فى الزراعة مع المستأجرين الآخرين أن يطلب وضع الأرض تحت الحراسة حتى لو لم يكن فيها زرع ، لما تحتاجه الزراعة فى المستقبل من عناية لا يتسع لها الخلاف الواقع بين الشركاء (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٥ — محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٨ — أو يقوم نزاع فى شأن صحة التنازل عن الأجرة يمتنع على أثره المستأجر من الدفع (استئناف مختلط ٢١ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٧) .

انتظاراً للفصل فى النزاع الخاص بصحة التنازل عن الإيجار[1] ، أو وضع حارس على المحصولات لجمعها وبيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى النزاع الخاص بأحقية المؤجر لجزء من المحصولات[2] . ويجوز أخيراً للمؤجر أن يطلب تعيين حارس قضائى على المحصولات الزراعية التى وقع عليها الحجز التحفظى من أجل الأجرة المتأخرة ، ليتولى الحارس جمعها وبيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى دعوى الأجرة ، وذلك توقياً لتلف المحصـــولات أو انخفاض أسعارها إذا تركت دون جمع وبيع[3] .

---

(١) استئناف مختلط ٣١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٧ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ ص ١٠٨ – محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ – وقد قضى أيضاً بأنه إذا أوقع دائن المؤجر حجزاً على الإيجارات المستحقة لمدينه قبل المستأجرين ، جاز لقاضى الأمور المستجلة أن يعين حارساً قضائياً ليتولى قبض الإيجارات الحالة والمستقبلة ، ولو كان طلب تثبيت هذا الحجز قد تقدم بالفعل لمحكمة الموضوع (باريس ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٥٣٩ ص ٦٥٢ – وانظر استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٢ : النزاع على من يستحق الأجرة هل هو المؤجر أو دائنه الحاجز تحت يد المستأجر ويدعى المؤجر أن الحجز باطل) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٠ – محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ – ولكن لا يجوز فرض الحراسة على المحصولات إذا تمسك المستأجر بأنه دفع الأجرة كاملة ولم يكن هناك خطر من تلف المحصول (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٣) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ – محمد على راتب فقرة ٣٧٩ ص ٩٤٧ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٧ – وقضى كذلك بوضع أطيان زراعية تحت الحراسة كطلب المؤجر لعدم قيام المستأجرين بدفع الإيجار وتبديد بعض المحصولات المحجوز عليها (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ قضية رقم ٥٥٦ سنة ١٩٥١ مشار إليه فى محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ هامش ١) . ويجوز للمؤجر طلب وضع العين المؤجرة تحت الحراسة ، إذا عمد المستأجر إلى تسخير دائنين لتوقيع الحجز تحت يده بديون وهمية ، فيقوم الحارس بتحصيل الأجرة فى مواعيدها حتى يفصل فى صحة الحجوز (عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٤ ص ١٠٨ وهامش ١ – محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٨ هامش ١) . ومع هذا فقد قضى بأنه ليس للمؤجر فى حالة تأخر المستأجر فى سداد الأجرة أو فى حالة تركه العين المؤجرة بلا زراعة ، تعيين حارس قضائى ، لأن الحراسة لم تشرع كطريق لتنفيذ الأحكام والعقود (استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . وقضى أيضاً برفض تعيين حارس لتحصيل الإيجار والقيام بإصلاح أرضية السطح لمنع تساقط المياه ، بحجة أن الحراسة ليست من وسائل التنفيذ (مصر مستعجل ٢٣ مايو سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١٣٧٧ سنة ١٩٥٠ مشار إليه فى عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٩ وهامش ٤) . ولكن يجوز

وكما يجوز للمؤجر طلب وضع العين المؤجرة تحت الحراسة ، كذلك يجوز للمستأجر أن يتقدم بهذا الطلب لوضع العين المؤجرة تحت الحراسة وتعيين حارس تكون مهمته تحصيل الأجرة وإدارة العقار المؤجر ودفع أجرة البواب واشتراك المياه والنور والتدفئة ، إذا ثبت أن المالك لا يقوم بذلك على الوجه الواجب لتمكين المستأجرين من الانتفاع بالعين الانتفاع المشروط فى عقد الإيجار[1] . وقد قضى ترتيباً على ذلك . بجواز تعيين حارس لقبض الأجرة وتخصيص جزء منها للقيام بالإصلاحات الضرورية للعين المؤجرة مما يلتزم به المؤجر ويمتنع عن القيام به[2] . وقضى كذلك بتعيين حارس على جهاز تسخين لإدارته وتحقيق انتفاع المستأجرين بالمياه الساخنة[3] ، وبتعيين حارس لإعادة المياه إلى العين المؤجرة[4] ، أو لإعادة عداد إنارة

= تعيين حارس على المحصول المتخذ فيه إجراءات الحجز (استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٦) ، ويجوز تعيين حارس على المحصول بناء على طلب المتنازل له عن الإيجار (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٣) .

أما إذا لم يوجد خطر على حقوق المؤجر ، فلا محل للحراسة (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٣) . وقد قضى بأنه لا محل للحراسة إذا بنى الطلب على صورية عقد الإيجار وكان المستأجر من اليسر بحالة لا يخشى معها على حقوق المؤجر (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧) ، أو على مجرد تأخر المستأجر فى سداد الأجرة إذا لم يكن هناك خطر على حقوق المؤجر (استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٤٨ ص ١٠٠ – المنصورة الجزئية ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ١١٥ ص ٣٦٩) .

(١) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩٣٣ داللوز ١٩٣٤ – ١ – ٢٣ – أول يونيه سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٣٧٩ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٨ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ١٧٧ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص – ١٠٨ وقد قضى بتعيين حارس قضائى ، إذا امتنع المؤجر عن كسح الخزانات الخاصة بدورات المياه أو قطع المياه (مصر مستعجل ٢١ مارس سنة ١٩٥١ قضية رقم ١٩٠٧ سنة ١٩٥١ مشار إليه فى محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١) .

(٣) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ – مصر مستعجل ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٣٨٣ ص ٧٩٦ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٩ – محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١ – محمد على راتب فقرة ٣٨٠ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨ .

(٤) محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨ : ويشيران إلى مصر مستعجل ٨ أبريل سنة ١٩٥١ قضية رقم ١٠٥٥ سنة ١٩٥١ .

تنقله المؤجر بغير إرادة المستأجر من مكان إلى مكان آخر ليحرم المستأجر الانتفاع به [1] ، وبتعيين حارس على مصعد لإدارته والإشراف على تسييره في الصعود والنزول وتمكين المستأجرين من الانتفاع به [2] .

٤٢١ — **النزاع متعلق بالمال الشائع :** أكثر ما يقع النزاع في شأن المال الشائع يكون في إدارته ، ولذلك عنى التقنين المدني عناية خاصة بتنظيم هذه الإدارة . فنصت المادة ٨٢٧ مدني على أن « تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ». ثم نصت المادة ٨٢٨ مدني على أن « ١ — ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . ٢ — وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصاً . ٣ — وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم » .

---

(١) محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٨ : ويشيران إلى مصر مستعجل ١٣ سبتمبر سنة ١٩٤٨ قضية رقم ٢١٩٤ سنة ١٩٤٨ .

(٢) مصر مستعجل ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣ — إسكندرية مستعجل ٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١٩٥٢ سنة ١٩٥٠ — عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٥ ص ١٠٩ (وقد أشار إلى مصر مستعجل ١٦ أبريل سنة ١٩٥٠ قضية رقم ١١٠١ سنة ١٩٥٠) . محمد على رشدى فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٩ هامش ١ — وانظر فى فرنسا جواز إقامة حارس على العين المؤجرة لإجراء الترميمات الضرورية أو على جهاز التدفئة لإدارته لمصلحة المستأجرين : نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت دى پاليه ١٩٢٤ — ١ — ٣٢ — باريس ١٦ و٢٨ يونيه سنة ١٩٢٠ داللوز ١٩٢١ — ٢ — ٣٦ — أوبرى ورووسهان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٣ .

وقد قضى بإقامة الراسى عليه المزاد إذا كان مليئاً حارساً على العين بناء على طلب مستأجر لهذه العين إجارته لاحقة لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، وقد طعن فيها بالصورية (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٨) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٥ . وإذا صدر إيجار من حارس حكم ببطلان تعيينه فكان الإيجار باطلا تبعاً لذلك ، لم يجز للمستأجر أن يطلب الحراسة من جديد بسبب النزاع فى هذا الإيجار (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٨) .

ويبين من هذه النصوص أن الأصل فى الإدارة أن تكون للشركاء مجتمعين إذا أمكن الاجماع ، فإن لم يمكن فللأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . وهذه الأغلبية إما أن تتولى الإدارة مباشرة ، وإما أن تختار مديراً أو أكثر من بينها أو من أجانب عنها ، ولها أن تضع للمدير نظاماً يلتزم به فى إدارته للمال الشائع . فإذا لم تتوافر الأغلبية للإدارة المباشرة أو لتعيين مدير ، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا فى الإدارة ، ويبقى وكيلا ما لم يعترض عليه أحد الشركاء . فإذا لم تتوافر الأغلبية ، ولم يتول الإدارة أحد الشركاء أو تولاها واعترض عليه أحد منهم ، قامت الحاجة إلى تعيين مدير للمال الشائع ، ويجوز فى هذه الحالة بناء على طلب أحد الشركاء أن يعين القاضى هذا المدير من بين الشركاء أو من غيرهم . وليست هذه هى الحراسة القضائية[1] ، بل إن المدير يكون فى هذه الحالة مديراً دائماً وليس مديراً موقتاً كالحارس ، ويكون تعيينه بدعوى عادية أمام محكمة الموضوع طبقاً لإجراءات الدعوى المعتادة[2] . وإنما تقوم الحاجة للحراسة القضائية ، كإجراء موقت مستعجل لا يمس الموضوع ، إذا قام نزاع بين

---

(١) قارن عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ ص ١٦٥ – وقد قضى بأنه إذا لم يتفق الشركاء على الشيوع على إدارة الأعيان المشتركة ولم ينيبوا عنهم واحداً لإدارتها نيابة اختيارية ، جاز للمحكمة أن تنيب عنهم من يقوم بإدارتها نيابة جبرية ، وليست الدعوى التى ترفع فى هذه الحالة دعوى حراسة على عين متنازع عليها ، فليس من الضرورى توافر أركان دعوى الحراسة فيها (مصر استئنافى ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٥٨ ص ٢١٣ : وقد استبق هذا الحكم فى عهد التقنين المدنى القديم ما قضت به المادة ٨٢٨/١ مدنى جديد من أن للمحكمة أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع) .

(٢) فلا يجوز إذن فرض الحراسة على المال الشائع لمجرد عدم اتفاق أحد الشركاء مع المدير على طريقة الإدارة أو الاستغلال مادام أنه ليست هناك مطاعن جدية فى تصرفات المدير ، وسبيل الشريك فى هذه الحالة أن يسعى إلى جلب الأغلبية فى صفه . وقد قضى بأن الحراسة على المال الشائع تخضع لما تخضع له دعاوى الحراسة عموماً من شروط ، ومن بينها شرط النزاع وشرط الخطر ، فإذا لم يكن هناك مطعن جدى على الإدارة الحالية للمال الشائع ، فلا يجوز فرض الحراسة عليه لمجرد أن أحد الشركاء يرغب فى ذلك ولا يريد المدير الحالى (إسكندرية مستعجل ٢ نوفبر سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٣١٠٤ سنة ١٩٥٣ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ ص ١٦٤ – ص ١٦٥ – محمد على رشدى فقرة ٢٢٥ – محمد على راتب فقرة ٣٦٤ (ولكن انظر الطبعة الثالثة فقرة ٧٦١) – وانظر استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٥ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦١ – الدلنجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ .

الشركاء على الإدارة[1] ولم يتفقوا على تعيين مدير على الوجه الذى بيناه فيما تقدم ، وكان يخشى على المال الشائع من خطر عاجل إذا ترك دون مدير ريثما يتمكن أحد الشركاء من استصدار حكم موضوعى بتعيين مدير على الوجه الذى تقدم ذكره . فنى أثناء نظر الدعوى الموضوعية بتعيين مدير دائم ، أو قبل رفعها ، يجوز لأى من الشركاء أن يلجأ إلى القضاء المستعجل ، أو إلى محكمة الموضوع المنظور أمامها دعوى تعيين المدير الدائم بدعوى تبعية مستعجلة ، ويطلب تعيين حارس قضائى ليدير المال الشائع موقتاً[2] ، وذلك إلى أن يتم تعيين المدير الدائم من بين الشركاء أو من غيرهم . وقد يكون الحارس القضائى هو نفسه الذى يعين مديراً دائماً ، إلى أن ينتهى الشيوع بقسمة المال الشائع إن كان هناك مشروع قسمة اتفاقية أو قضائية اعتزم الشركاء إجراءها[3] . وقد تقوم الحاجة للحراسة القضائية حتى لو كان للمال الشائع مدير دائم عينته الأغلبية ، وأساء الإدارة فرأت الأغلبية عزله ولم تتفق على مدير آخر يحل محله ، أو لم تتفق الأغلبية على عزله وأقام أحد الشركاء الدعوى بعزله أمام القضاء لسوء إدارته أو لخيانته أو لإجحافه بحقوق الأقلية أو لأى أمر آخر يستوجب عزله . فنى هذه الحالة قد يكون هناك خطر عاجل من ترك المال الشائع دون مدير حتى يعين من يحل محل المدير المعزول ،

---

(١) كما لو انتهى عقد إيجار المال الشائع ولم يتفق الشركاء بعد ذلك على طريقة استغلال هذا المال ، فإنه يجوز فى هذه الحالة تعيين حارس قضائى (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨) ، أو كان هناك مصنع يملكه شركاء فى الشيوع واختلفوا على إدارته (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤) ، أو كان هناك مال شائع متنازع فى ملكيته وكان حسن إدارته يقتضى أن تكون الإدارة فى يد واحدة (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٧) .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٠ .

(٣) ويجوز كذلك تعيين كل شريك حارساً على حصته إذا أمكن تقسيم المال الشائع قسمة مهايأة (مصر مستعجل ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص ١٩٤ – ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ – محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩٢٠ – ص٩٢١). ولكن لا يجوز تعيين كل شريك حارساً على حصة شائعة ، لأن النزاع يبقى قائماً بقيام الشيوع (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ – محمد على راتب فقرة ٣٦٣ص٩٢٠).

وقد قضى بأن الحكمة من الحراسة تسقط إذا تراضى المالكان على قسمة منفعة العقار فيما بينهما قسمة مهايأة (طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١) .

أو من ترك المال الشائع يديره مدير رفعت الدعوى بعزله لسبب يستوجب ذلك . ومن ثم يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء المستعجل ، أو من محكمة الموضوع المرفوع أمامها دعوى عزل المدير ، تعيين حارس قضائى لإدارة المال الشائع إلى أن يبت فى أمر عزل المدير وتعيين من يحل محله(1) .

وقد يقع النزاع فى شأن المال الشائع ، لا على إدارته(2) ، بل على أنصبة

---

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدنى ، يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام بشأنه نزاع وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة مايخشى معه خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه . فإن الحكم فى شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة ، ويكون تعيين الحارس – سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية – باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه ، وذلك وفقاً للمادة ٧٣٢ من ذلك القانون . وإذن فإذا فرضت الحراسة على مال شائع وطبقت المحكمة أحكام الحراسة فى شأن هذا النزاع ، فإن النص على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يكون فى غير محله (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢) . وانظر استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٣٢٠ – ٢ يونيه سنة١٩٣١ جازيت ٢١ رقم ٤١٩ ص ٣٧٥ – ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤م ٥٦ ص ١٢٧ – مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ – ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١ – بنى سويف الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ٦٢٧ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٠ ص ١٦٦ – محمد على راتب فقرة ٣٦٣ .

وانظر فى الحراسة للنزاع على إدارة المال الشائع : محمد على رشدى فقرة ٢٢٦ – استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١١ – ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٤ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ – ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ – ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٤٣ – ٣ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ – ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٤ – طنطا الجزئية ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٨ رقم ١٦ ص ٨٩ – مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٦ – الدلنجات ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٥٣ ص ١٢٩ .

(2) والمقصود هنا الإدارة العادية . وهناك إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة نصت عليها المادة ٨٢٩ مدنى بما يأتى : « ١ – للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . ٢ – والمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . =

الشركاء فيه . فينازع أحد الشركاء مثلا شركاءه ويدعى أن المال الشائع ملكه وحده ، أو ينازع الشركاء واحداً منهم ويدعون أنه ليس له نصيب فى المال الشائع ، أويدعى أحد الشركاء أن له نصيباً أكبر ،أو يدعى الشركاء أن واحداً منهم له نصيب أصغر . فى هذه الأحوال وأمثالها إذا استحكم الخلاف بين الشركاء على أنصبتهم فى المال الشائع ، قد يقوم خطر عاجل إذ يتعذر توزيع الريع بينهم طبقاً لأنصبة ثابتة . فيجوز لكل ذى مصلحة ،وبخاصة الشريك الذى يقع النزاع فى مقدار نصيبه ، أن يطلب تعين حارس قضائى على المال الشائع يتولى قبض الريع ، وصرف الأنصبة التى لا نزاع فيها بين الشركاء ، وإيداع الأنصبة المتنازع فيها خزانة المحكمة إلى أن يبت فى النزاع القائم فى شأن الأنصبة ويصدر حكم نهائى فى مقدار نصيب كل شريك[١] .

وقد يقع النزاع ، لا فى إدارة المال الشائع ولا فى أنصبة الشركاء ، بل فى ديون يكون المال الشائع مثقلا بها ، كأن يكون مرهوناً فى دين أومترتباً عليه حق اختصاص أوحق امتياز . فإذا تأخر بعض الشركاء فى الوفاء بحصصهم فى هذه الديون ونازعوا فيها ، وخشى البعض الآخر من جراء هذه المنازعة أن تنزع ملكية المال الشائع ، جاز لأى منهم طلب وضع المال تحت الحراسة ، فيقبض الحارس ريع المال ويسدد منه الديون غير المتنازع فيها ، ويودع خزانة المحكمة قيمة الديون المتنازع فيها حتى يفصل فى النزاع[٢] . ويجوز

=ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » .

وهذه الأحكام قد تفتح الباب للحراسة القضائية ، كأن يطلب أحد الشركاء وضع المال الشائع تحت الحراسة لأن قراراً يخرج عن حدود الإدارة المعتادة يوشك أن ينفذ مع أنه قد اتخذ بأغلبية أقل مما يوجبه القانون ، أو اتخذ بهذه الأغلبية ولكن قام اعتراض عليه .

(١) محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٥ – ص ٩١٦ – استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ١٢ – ٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٤ .

(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٠م٢٢ ص ٢٨٩ – أول مارس سنة ١٩١١ م٢٣ ص ٢٠٦ – ٥ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٠ – ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٨٨ – ٢٥ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٩–مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ص١٠١– محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٠ .

وتوضع الحراسة على المال الشائع حتى لو دفع بعض الشركاء حصصهم فى الدين ، فإن الباقى الذى لم يدفع لا يزال سبباً فى تهديد العقار كله بنزع الملكية إذ الرهن لا يتجزأ . ولكن إذا وفى بعض الشركاء كل الدين ، فقد زال الخطر من نزع الملكية ، ولا محل إذن لطلب الحراسة (مصر مستعجل ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ ص ١٠١ – محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص٩١٨) .

أيضاً للدائنين أنفسهم أن يطلبوا وضع المال الشائع تحت الحراسة لإيداع ريعه خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى النزاع ، إذا كانت هناك أسباب جدية تدعو للخشية من تبديد الريع إذا لم يوضع المال تحت الحراسة[١] .

وإذا كان أحد الشركاء مديناً وأراد دائنه أن يستوفى حقه من حصة المدين فى ريع المال الشائع : دون أن يكون هذا المال مثقلا بالدين كما فى الفرض السابق ، جاز للدائن وضع حصة المدين فى المال الشائع تحت الحراسة إذا وجدت أسباب جدية تدعوه للخشية من تبديد ريع هذه الحصة . فإذا كان المال الشائع مقسوماً قسمة مهايأة وضعت حصة المدين المفرزة تحت الحراسة[٢] ، أما إذا لم يكن مقسوماً فإن حصته الشائعة هى التى توضع تحت الحراسة[٣] ويحل الحارس فى هذه الحالة محل الشريك المدين فى إدارة المال الشائع وفى قبض ريع حصته ليسدد منها الدين[٤] .

وإذا طلب أحد الشركاء قسمة المال الشائع ، وطالت إجراءات القسمة وتنازع الشركاء فى إدارة المال طوال المدة التى تدوم فيها هذه الإجراءات ، وكانت هناك أسباب جدية للخشية من ضياع الريع فى هذه المدة أو من نقصه لسوء الإدارة ، جاز لأى شريك أن يطلب وضع المال تحت الحراسة : فيدير الحارس المال الشائع ويقبض ريعه ويوزعه على الشركاء إذا لم تكن أنصبتهم متنازعاً فيها[٥] ، أو يودعه خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى النزاع[٦] .

---

(١) وسنرى أن القضاء يجيز بوجه عام فرض الحراسة استيفاء للدين إذا تحقق شرط الخطر العاجل (محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٨) .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٨١ ص ١٦٧ – محمد على رشدى فقرة ٢٢٩ – استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣ .

(٣) ولا يلزم إدخال بقية الشركاء فى دعوى الحراسة ، بل يكفى اختصام الشريك المدين (محمد على راتب فقرة ٣٦٥ ص ٩٢٤ هامش ٤) .

(٤) قارن استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٦٥ – فإذا تعذر الاتفاق بين الحارس والشركاء على الإدارة ، جاز فرض الحراسة على المال الشائع كله (استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١ – ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٠ – ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤١ – ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٢ – ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ – ٢٠ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٤١ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م٥٥ ص ٢٣ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٢ ص ١٦٨ – محمد على رشدى فقرة ٢٢٨ – محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٩ وفقرة ٣٦٥) .

(٥) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٥ .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٩ – ١٢ نوفبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ =

وإذا تقرر وضع المال الشائع تحت الحراسة ، واختارت الأغلبية حارساً لم ترض عنه الأقلية ، فإنه لا يحتج بحكم المادة ٨٢٨ مدنى لإلزام القاضى بتعيين هذا الحارس ، فإن هذه المادة لا محل لتطبيقها فى دعوى الحراسة كما سبق القول ، بل يجوز للقاضى أن يختار حارساً آخر إذا استبان جدية المطاعن الموجهة إلى الحارس الذى اختارته الأغلبية[1] . كذلك إذا عين القاضى حارساً ، لم يجز عزله إلا للأسباب التى يعزل الحارس من أجلها ، فإذا لم يتوافر سبب للعزل لم يعزل ولو اتفقت أغلبية الشركاء على عزله .

= ص ١٤ – ١٦ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١ – ١٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٨٧ – ٢ يناير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٤٢٧ – ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١١ – ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ . ٩ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٥ – أسيوط استئنافى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٣٠ ص ٤٧ – طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١ – محمد على راتب فقرة ٣٦٣ ص ٩١٩ – ص ٩٢٠ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٧ ص ٤٦٩ – ولا محل للحراسة إذا كان كل من الشركاء ، فى أثناء إجراءات القسمة ، واضعاً يده على نصيبه بطريق المهايأة ، أو كان هناك اتفاق على إدارة المال الشائع ، فالقسمة فى ذاتها ليست سبباً للحراسة ، وإنما السبب هو النزاع بين الشركاء وقيام الخطر العاجل (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٠ – ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٣٦ – ٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٠ – طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص٨١ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٠ ص ١٦٧ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٩) .

(١) محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٥ : ويشير إلى حكم من قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية يقضى بأن محل تغليب رأى أصحاب النصيب الأكبر فى العقار الشائع – الشاغر من مدير يتولاه – على رأى أصحاب النصيب الأقل ، عند النزاع أمام المحكمة على شخص الحارس المراد تعيينه على العقار ، هو أن يكون الشخص الذى يرشحه أصحاب النصيب الأكبر خالياً من التجريح الجدى . عندئذ يحق لهم التحدى بنص المادة ٨٢٨ مدنى وتغليب شخص مرشحهم للحراسة على شخص مرشح الأقلية . أما إذا ثبت العكس ، كأن كان مرشحهم محكوماً عليه منذ سنوات بتهمة نصب مثلا – كما هو الحال فى خصوص هذه الدعوى – فللقاضى بطبيعة الحال ألا يعمل رأى الأغلبية فى هذا المقام . ذلك أن القاضى يملك شل يد المدير المعين فعلا (من أصحاب النصيب الأكبر) لإدارة المال الشائع وتنصيب حارس قضائى آخر بدلا منه إذا ثبت أمامه سوء إدارته للمال الشائع ، فيكون لهذا القاضى من باب أولى وتوقياً للضرر قبل وقوعه أن يمتنع عن تعيين حارس قضائى رشحته الأغلبية إذا استبان من ظروف الحال ومن صحائف ماضيه ما يرجح معه عدم الاطمئنان إلى حسن إدارته (اسكندرية مستعجل ٢ فبراير سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٣٠٣٠ سنة ١٩٥٤ مدنى مستعجل : ويلاحظ أن المحكمة لم تستبعد تطبيق المادة ٨٢٨ مدنى فى دعاوى الحراسة ، وإنما لجأت إلى تفسيرها تفسيراً أدى بها إلى نفس الحكم الذى كانت تصل إليه لو أنها استبعدت تطبيق هذه المادة) . انظر فى هذه المسألة محمد على رشدى فقرة ٢٢٨ مكررة .

أما إذا توافر سبب العزل ، فإنه يعزل حتى لو لم يرد العزل إلا الأقلية أو لم يرده أحد من الشركاء[1] .

٤٢٢ — **النزاع متعلق بالتركات :** نصت المادة ٨٧٥ مدنى على أن « ١ – تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية . ٢ – وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية : » . ثم ترد أحكام مفصلة فى المواد من ٨٧٦ إلى ٩١٤ مدنى لتصفية التركة وتسديد ديونها . فإما أن يعين مصف للتركة ، ويكون ذلك إما بأن يعين المورث وصيا لتركته وإما بناء على طلب أحد ذوى الشأن من الورثة أو الدائنين . وفى هذه الحالة يقوم المصفى ، لا بأعمال الحارس القضائى فحسب ، بل أيضاً بجميع أعمال التصفية . فيتسلم أموال التركة ، ويتخذ جميع ما يجب من الاحتياطات للمحافظة عليها ، ويقوم بما يلزم من أعمال الإدارة ، ويستوفى ما للتركة من ديون فى ذمة الغير ، ويحصر ما على التركة من ديون ، ويفى بالديون التى لم يقم فى شأنها نزاع ، أما الديون التى يقوم فى شأنها نزاع فيسويها بعد الفصل فى النزاع نهائياً . ثم يسلم إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة بعد استيفاء الحقوق ووفاء الديون ، وبذلك يحقق تحقيقاً عمليا المبدأ الأساسى الذى يقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين . وإما ألا يعين مصف للتركة ، وقد نصت المادة ٩١٤ مدنى فى هذه الحالة على أنه « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون » .

فيجب إذن أن نستعرض ، فى صدد الحراسة القضائية على التركة ، حالتين : حالة ما إذا لم يعين مصف للتركة ، وحالة ما إذا عين مصف لها .

(الحالة الأولى) إذا لم يعين مصف التركة : هنا قد تقوم الحاجة للحراسة القضائية إذا وقع نزاع بين الورثة إما فى أنصبتهم ، وإما فى إدارة التركة

---

(١) محمد على راتب فقرة ٣٦٧ — وانظر فى إمكان فرض الحراسة القضائية على الأجزاء المشتركة شيوعاً فى ملكية الطبقات : عبد الحكيم فراج فقرة ١٧٩ — فقرة ١٨١ ص ١٦٨ — ص ١٧٠ .

إلى أن يتسلم كل وارث حصته منها ، وإما فى وفاء ما على التركة من ديون ، وإما فى وفاء دين على الوارث .

ويقع النزاع فى أنصبة الورثة إذا ادعى واحد منهم مثلا أن له نصيباً أكبر فى الميراث عما تقر به سائر الورثة(١) ، أو أنكر الورثة على واحد منهم أنه وارث ، أو وضع بعض الورثة يدهم على التركة ومنعوا الآخرين بذلك من الوصول إلى حقوقهم فى التركة(٢) ، أو وضع أجنبى يده على التركة أو على بعض أموالها منكراً حقوق الورثة(٣) ، أو تقدم موصى له بوصية فأنكرها الورثة أو ادعوا أنها مزورة أو طعنوا فيها بالبطلان واستمروا واضعين اليد على التركة دون أن يمكنوا الموصى له من حقه(٤) . فى هذه الفروض وأمثالها(٥) ، إذا كان النزاع جدياً وكان هناك خطر عاجل من ترك الحائز

(١) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وقع نزاع جدى فى شأن أنصبة الورثة وترتب على ذلك تأخير فى إجراءات القسمة (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٧) .

(٢) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وضع شخص يده على أعيان التركة باعتباره الوارث الوحيد وتصرف فى كثير من أعيانها على هذا الاعتبار ، بالرغم من وقوع نزاع جدى فى شأن وراثته لم يفصل فيه من الجهة القضائية المختصة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٨) ، وكذلك إذا ادعى بعض الورثة أحقيتهم وحدهم للتركة دون الآخرين (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) ، أو نازع أحد الورثة الباقين فى ملكية التركة لبعض الأعيان ، أو عمل على إخفاء أعيان التركة وظهر بمظهر المالك لها دون المورث (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٨ — مصر الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١) ، أو اختلف بعض الورثة مع بعض آخر ولم يرغب أحد فى تسلم أموال التركة (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٧) .

(٣) وقاضى الموضوع هو الذى يحسم النزاع فيما يدخل من الأعيان فى التركة وفيما يخرج منها مما يتعلق به حق الغير (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٨) .

(٤) وقد قضى بفرض الحراسة إذا وقع نزاع جدى فى صحة الوصية (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣١) ، أو طعن بالتزوير فى إمضاء الموصى (محمد على راتب فقرة ٣٦٩ ص ٩٣٠ هامش ١) ، ولكن إذا كانت الوصية فى ظاهرها صحيحة وليس هناك مطعن جدى عليها لم يجز فرض الحراسة (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٧٠) .

(٥) وقد قضى بفرض الحراسة إذا ادعى شخص أنه وارث ورفع دعواه بذلك أمام الجهة المختصة واتضح أنه جاد فى طلبه (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٠) ، أو وقع نزاع على القانون الواجب تطبيقه على التركة (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٤) . وقضى بأن وضع الحكومة يدها على التركة ، طبقاً لأحكام لائحة بيت المال ، =

للتركة واضعاً يده عليها ، جاز لذى المصلحة من وارث أو موصى له أن يطلب وضع التركة تحت الحراسة وتعيين حارس يدير التركة مؤقتاً ، ويصرف الريع غير المتنازع فيه لأصحابه ، وأما ما يقع فيه النزاع فيودعه خزانة المحكمة حتى يفصل فى النزاع أمام محكمة الموضوع(1) .

ويقع النزاع فى إدارة التركة إذا اختلف الورثة فى كيفية إدارتها واستغلالها ، أو اختلفوا فيمن يقوم بالإدارة والاستغلال(2) ، أو اتفقوا على شخص يقوم بذلك فأساء الإدارة(3) أو أهمل المحافظة على أعيان التركة أو

= لا يمنع من إقامة حارس عليها إذا ادعى شخص استحقاقه للتركة ونازع الحكومة فى وضع يدها (مصر ١٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٢ ص ٢١٨ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٥ – عبد اللطيف فقرة ٢٧٥) . وقضى بوضع الحراسة على التركة إذا استولى بعض الورثة على أغلب التركة والبعض الآخر على الباقى منها (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ – ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ – ٢٩ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٤ – محمد على رشدى فقرة ٢١٨ ص ٣٠٧) . وتفرض الحراسة على التركة إذا اختلف على أنصبة الورثة (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) ، أو وقع خلاف بين الموصى له بجزء من مجموع التركة والورثة وطلب الموصى له وضع التركة كلها تحت إدارة واحدة (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣١) . ولكن إذا كان أحد الورثة يدير التركة دون أن توجه إلى إدارته مطاعن جدية ، فلا محل لفرض الحراسة (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) .

(1) استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة١٩٣٣ م ٤٦ ص٥٥–ولايحول وجود وصى أوقيم على أحد الورثة من تعيين حارس قضائى ، وقد قضى بأن وجود وكالة من أحد الخصوم فى الدعوى لا يمنع من تعيين حارس قضائى ، لتوفر الاستعجال والخطر ، حتى لو كانت إدارة الوكيل طيبة لعدم أحقيته فى تمثيل باقى الخصوم الذين لهم حق الإدارة وتحصيل الغلة وعمل ما فيه صيانة حقوقهم فى التركة (مصر مستعجل ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٢٦٢ ص ٥١١ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٩) .

(2) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص٢٩٠–١٨ نوفبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص ١٤ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٧٩ – ١٩ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٤٣ – ١٦ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٧ – ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٦ – محمد على رشدى فقرة ٢١٨ ص ٣٠٧ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٦ . وقد قضى بالحراسة فى حالة ما إذا كان الوارث الذى يدير التركة سيء السمعة ، وقد صدرت ضده أحكام بالتزوير ، أو اقترض عن طيش وعدم تجربة بالربا الفاحش (استئناف مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٦) .

(3) كأن امتنع عن تأجير أعيان التركة فى المزاد حين يكون ذلك واجباً حتى لا يظلم أحد من الشركاء (بنى سويف الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ٦٢٧) .

أخذ فى تبديدها ، أو استقل أحد الورثة دون رضاء الباقين بإدارة التركة واستمر فى إدارتها بالرغم من اعتراضهم ، أو وضع وارث يده على بعض أعيان التركة وأخذ يحدث فيها تغييرات جوهرية لا يرضى عنها الباقون ، أو امتنع من يدير التركة عن إعطاء كل وارث حقه أو كل حقه من ريعها[1]. فى هذه الفروض وأمثالها[2] ، إذا كان النزاع جدياً وقام الخطر العاجل ، جاز لكل ذى مصلحة من الورثة أن يطلب وضع التركة أو الأعيان التى وقع فى شأنها النزاع تحت الحراسة ، وتعيين حارس يتولى إدارتها مؤقتاً حتى تفصل محكمة الموضوع فى النزاع[3] .

ويقع النزاع فى وفاء ما على التركة من ديون إذا اختلفت الورثة فى كيفية أداء الديون ، أو امتنعوا عن دفع الضريبة المستحقة وأخذوا فى تبديد أموال التركة ، أو نازعوا دائنى التركة فيما لهم من الديون على التركة وامتنعوا عن وفائها[4] . فى هذه الفروض وأمثالها[5] ، يجوز لكل ذى مصلحة من وارث أو دائن أن يطلب وضع التركة تحت الحراسة وتعيين حارس يتولى

---

(١) مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ .

(٢) وقد قضى بفرض الحراسة القضائية إذا كان من ضمن أموال الشركة أطيان أهملت وهى فى حاجة إلى عمل سريع (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٦٣ – عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٦) .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٦٩ فقرة ٩٣١ – ص ٩٣٢ – استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٥ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٨٢٥ – ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٦ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٨ – ٣٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠ – ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ – محمد على رشدى فقرة ٢١٨ ص ٣٠٨ وفقرة ٢١٨ مكررة ثانيا .

(٥) وقد قضى بوضع الحراسة إذا قام خلاف شديد بين أصحاب الشأن واستلزم الأمر نظراً لأهمية أموال التركة وضعها تحت إدارة موحدة (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٧٠) ، وبأن قاعدة فصل ذمة الوارث عن ذمة المورث تبرر وضع أموال التركة تحت الحراسة وفاء للدين (الحكم السابق) . ولكن لا يجوز وضع التركة تحت الحراسة وفاء لديونها إذا كانت أموال التركة يديرها وارث لم ينسب إليه أى إهمال ، ولم يحاول الدائن الحصول على دينه بالطرق العادية للتنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ – ١٤ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥١) . وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ١٨٧ – محمد على رشدى فقرة ٢١٨ مكررة ثانيا – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨٠.

إدارة التركة واستغلالها وإيداع ريعها أو المقدار الذى يفى بالديون من هذا الريع خزانة المحكمة ، إلى أن تفصل محكمة الموضوع فى النزاع (١) .

ويقع النزاع فى وفاء دين على الوارث إذا أراد الدائن أن ينفذ على حصة هذا الوارث فى التركة فنازعه هذا فى الدين وامتنع عن وفائه ، فإنه يجوز للدائن فى هذا الفرض ، إذا كان هناك خطر عاجل ، أن يطلب وضع حصة الوارث المدين تحت الحراسة على الوجه الذى قدمناه فى وضع الدائن حصة مدينه فى المال الشائع تحت الحراسة (٢) .

وقد طبق تقنين المرافعات فى نصين تشريعيين مبدأ وضع الحراسة القضائية على التركة فيما يتعلق بتركات الأجانب (٣) . فنصت المادة ٩٤١ مرافعات على ما يأتى : « إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً مؤقتاً . ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على عريضة إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة » . فهنا يعين منفذ الوصية ، قبل تثبيته ، حارساً على التركة ويتسلم أموالها ، إلى أن يصدر قرار المحكمة بتثبيته . وتعيينه حارساً يكون بأمر على عريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقتية إذا كان طلب التثبيت لم يقدم بعد إلى المحكمة ، أو بقرار من المحكمة إذا كان طلب التثبيت قد رفع إليها (٤) . ونصت المادة ٩٦٧ مرافعات على ما يأتى : « يجوز لقاضى الأمور المستعجلة فى أحوال الاستعجال أن يعين مديراً مؤقتاً للتركة بناء على طلب ذوى الشأن

---

(١) وإذا عهد إلى الحارس فى تصفية التركة ، جاز له أن يطعن فى الهبات التى صدرت من المورث إضرارا بحقوق الدائنين (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢١ .

(٣) محمد على رشدى فقرة ٢١٨ مكررة — محمد على راتب فقرة ٣٦٩ ص ٩٣٣ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٧ — فقرة ٢٧٨ .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية إن هذه المادة قد نصت « على إجراء مؤقت هو إقامة المنفذ المعين فى الوصية مديراً على التركة إلى أن يصدر قرار المحكمة بتثبيته . فقد يتوافر فى ظروف الحال من أسباب الاستعجال ما لا يحتمل التأخير إلى أن ترفع الدعوى أو حتى يفصل فيها . لذلك أجاز النص للمنفذ أن يطلب من قاضى الأمور الوقتية فى الحالة الأولى ، ومن المحكمة المرفوع إليها الطلب فى الحالة الثانية ، إقامته مديراً مؤقتاً يباشر من أعمال الإدارة ما يلزم لمواجهة سبب الاستعجال وذلك حتى يصدر القرار بتثبيته » .

أو النيابة ، ويبين القاضى سلطة هذا المدير»[١]. وقد سبقت الإشارة إلى هذين النصين[٢] .

(الحالة الثانية) إذا عين مصف للتركة : يغلب أن يكون تعيين مصف للتركة مغنياً عن وضعها تحت الحراسة[٣] ، فقد رأينا أن المصفى يقوم بما يقوم به الحارس الفضائى ويزيد عليه فى أنه لا يقتصر على إدارة التركة إدارة موقتة ، بل هو يصفيها ويستوفى ما لها من الحقوق ويوفى ما عليها من من الديون ويسلم لكل وارث بعد ذلك حصته فى التركة[٤] .

ولكن يقع مع ذلك أن تقوم الحاجة إلى إقامة حارس قضائى ، قبل تعيين المصفى بل وبعد تعيينه .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية إن هذه المادة جاءت « مكملة للفكرة التى أشارت إليها المادة ٩٦٦ ، فإنه إذا لم يتفق ذوو الشأن على من تسلم إليه الأشياء بعد جردها ، سلمها الكاتب الذى يتولى الجرد لأمين مؤقت يعينه القاضى بأمر يصدره على نفس محضر الجرد بغير إجراءات وبدون سماع مرافعة من الطرفين ، وهذا أمر ولائى لا يرقى إلى مرتبة الحكم بالحراسة . وهو تحفظ لا يمنع من رفع دعوى يطلب فيها إقامة حارس قضائى على التركة إلى قاضى الأمور المستعجلة ، ويفصل فيها طبقاً لقواعد هذا النوع من القضايا بصفة عامة » .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ فى الهامش .

(٣) وقد قضى فى عهد التقنين المدنى القديم بأنه إذا كان المصفى قد عينه بعض الورثة دون بعض ، فإن تعيينه لا يمنع من إقامة حارس قضائى يمثل جميع الورثة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٤) .

(٤) ولذلك تنتهى مهمة الحارس القضائى بتعيين مصف للتركة . وقد قضى فى هذا الصدد بأن سلطة مصفى التركة اوسع نطاقاً وابعد مدى من سلطة الحارس ، إذ انه يتسلم أموال التركة ويقوم بإدارتها ويحصر ما فيها من أعيان وما لها وما عليها من ديون ، ويعلن قائمة الجرد لذوى الشأن . فإذا قامت منازعات فى صحة الجرد ، حققت وفصل فيها . فإذا تم الجرد وفصل فى المنازعات التى قامت بشأنه ، أصبح مصفى التركة على بينة من أمرها . فإما أن تكون موسرة فيوفى الديون جميعها ، وإما أن تكون معسرة فيقسم التركة على الدائنين كل بنسبة حقوقه . وبعد دفع التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف أخرى ، يقدم كل وارث إعلاماً شرعياً إلى المحكمة ، فتعطيه شهادة تقرر حقوق الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتحدد ما آل إليه من أموال التركة . وعلى ذلك تنتهى مهمة الحارس على التركة بقوة القانون بإقامة مصف للتركة فى القضاء الموضوعى ، إذ أن الحراسة هى إجراء وقتى ، لأنه يواجه حالة وقتية تتغير بتغير الظروف ، وتزول حجيته من الوقت الذى تظهر فيه وقائع جديدة تغير من مركز الخصوم أو النزاع (مصر مستعجل ٢٧ فبراير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣١ ص ١٥٨٢) . وانظر محمد على رشدى فقرة ٢١٨ مكررة ثالثا ص ٣١١ — محمد على راتب فقرة ٣٦٨ ص ٩٢٩ .

أما إقامة حارس قضائى قبل تعيين المصفى ، فذلك يمكن تصوره إذا رجعنا إلى المادة ٨٨١ مدنى وهى تنص على ما يأتى : « على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناءعلى طلب ذوى الشأن أو بناء علىطلب النيابة العامة أودون طلب ما ؛ ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ، ذات القيمة » . فيمكن أن يقوم نزاع بين الورثة فى شأن أنصبتهم أو فى إدارة التركة أو فى وفاء الديون على الوجه الذى بيناه تفصيلا فيماتقدم ، ويقوم خطر عاجل يستدعى تعيين حارس قضائى على التركة إلى أن تنتهى المحكمة من تعيين المصفى : ويعتبر تعيين الحارس القضائى فى هذه الحالة من « الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة » وهى الاحتياطات التى تشير إليها المادة ٨٨١ مدنى فيما رأينا : وهذا هو نفس ما قررته المادة ٦٩٧ مرافعات فيما يتعلق بتركات الأجانب على ما قدمناه .

وأما إقامة حارس قضائى بعد تعيين المصفى ، فذلك يمكن أيضاً تصوره إذا رجعنا إلى المادة ٨٧٧/٢ مدنى وهى تنص على ما يأتى : « وللقاضى أيضاً ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصفى واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » . فإذا قامت الأسباب التى تبرر عزل المصفى واستبدال غيره به ، فمن الجائز أن يطول الوقت الذى يتمكن فيه القاضى من تعيين مصف جديد ، ويكون هناك خطر عاجل من ترك أموال التركة دون أحد يحافظ عليها . فيجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب تعيين حارس قضائى يتولى المحافظة على التركة وإدارة أعيانها موقتاً حتى يعين المصفى الجديد ، وقد تختار المحكمة نفس الحارس القضائى مصفياً جديداً ، فتنقلب صفته من حارس قضائى بسلطات محددة إلى مصف للتركة بسلطات واسعة[1] .

---

(١) وإذا عين حارس قضائى للتركة ، فإن الحراسة تمتد إلى أعيان التركة الموجودة فى بلد أجنبى على رأى (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٣٥ – فقرة ٣٤١ – عبد المنعم رياض فى مبادئ القانون الدولى الخاص فقرة ٦٢٥ وما بعدها – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨١) . وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى عكس ذلك ، وإلى أن الحراسة لا تمتد إلى أعيان التركة الموجودة فى بلد أجنبى (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ – ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ – ٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٧ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) .

٤٢٣ – النزاع متعلق بالشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو النقابات : وأكثر ما يقع من النزاع فى هذه الهيئات يكون فى الإدارة . فقد يقع خلاف بين المدير والأعضاء[١] ، أو بين المدير ومجلس الإدارة ، وقد يسيء المدير الإدارة ، ويهمل مصالح الهيئة التى يديرها . وقد يخلو منصب المدير لوفاته أو لعزله أو لاستقالته أو لغير ذلك من الأسباب[٢]. وقد يفلس الشريك المسئول فى شركة التوصية[٣]. فنى هذه الفروض وأمثالها[٤] ،

---

(١) وقد قضي بأنه إذا قام خلاف بين أعضاء نقابة وهيئة إدارتها ، وثبت أن الغرض الذى أنشئت من أجله النقابة وهو القيام على رعاية مصالح العمال قد أصبح مستهدفاً للخطر ، وأصبحت موارد النقابة معرضة للضرر ، جاز تعيين حارس يتولى مؤقتاً القيام على رعاية تلك المصالح وتدبير شؤون النقابة (مصر مستعجل ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٤ ص ١٢٣٢ – عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠٠ ص ١٨٨ – محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص ٣٢٥ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٣ – ص ٢٤٤ – وانظر استئناف مختلط ٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٠ (خلاف بين رئيس النادى وأعضاء مجلس الإدارة) .

(٢) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ – ١٣ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ٣٢٦ – ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٣ – عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠٠ – محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ – محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص ٣٢٥ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٣ .

(٤) وقد قضى بأن استئثار بعض الشركاء فى شركة محاصة بإدارة الشركة وأرباحها دون الشركاء الآخرين يجيز لهؤلاء طلب وضع أموال الشركة تحت الحراسة القضائية ، حتى تفصل المحكمة المختصة فى موضوع النزاع القائم بينهم (استئناف مختلط ٢٤ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥ – محمد على راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٧٤ هامش ٢) – وقضى بأن قيام نزاع بين الشركاء على إدارة الشركة يقتضى فرض الحراسة عليها حتى يقضى موضوعاً ببطلان الشركة أو حلها ، ولا يؤثر فى ذلك وقوع نزاع فى مدى حقوق الشركاء (استئناف مختلط ١٣ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٨) – وقضى بأن رفع الدعوى بفسخ الشركة أو بتصفيتها لعدم اتفاق الشركاء على الإدارة ، أو لمخالفة بعضهم لشروط عقد الشركة ، يجيز لأى من الشركاء أو لأى دائن من دائنى الشركة وضع أموالها تحت الحراسة حتى يفصل فى موضوع النزاع (نقض فرنسى ٦ يناير سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ – ١ – ٥٥ – محمد على راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٣٤ هامش ٤) – وقضى بأنه إذا قام النزاع فى شركة مساهمة بين من قام بتأسيسها وله أغلبية أسهمها وبين مساهم آخر ضمه إليها وعهد إليه بمباشرة الأعمال اللازمة لمراجعة وتهيئة وتدعيم الإدارة الفنية ورسم برامج العمل وتنظيم الإنتاج والنشاط التجارى ، وكان من شأن هذا النزاع أن يعرقل نشاط الشركة ويعرضها لخطر يتفاقم بفوات الوقت ، جاز وضع هذه الشركة تحت الحراسة . وإذا لم تر المحكمة فى ظروف الدعوى ما يبرر تخويل الحارس =

إذا كان النزاع جدياً ، قد يقوم خطر عاجل من ترك النزاع يتفاقم ، ويقتضى الأمر إقامة حارس قضائى[1] يدير الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أو النقابة مؤقتاً حتى يبت نهائياً فى النزاع القائم .

وقد يقيم أحد الأعضاء دعوى فسخ ، فيحتدم النزاع بين المديرين والأعضاء ، ويقوم خطر عاجل يستوجب إقامة حارس قضائى يتولى الإدارة مؤقتاً حتى يفصل فى دعوى الفسخ والتصفية[2] .

وقد يتوفى أحد الشركاء المتضامنين ، فلا توافق ورثته على الاستمرار فى الشركة ، ولا يكون منصوصاً فى عقد الشركة على جواز استمرارها بعد

= اختصاصات عضو مجلس الإدارة المنتدب ، فإنها تعهد إليه بتسلم الشركة موضوع الدعوى وإدارتها واستغلال مصانعها ومباشرة جميع الأعمال المتعلقة بها على الوجه الذى يحقق المصلحة لها وإيداع صافى أرباحها خزانة المحكمة على ذمة الفصل فى النزاع القائم ريثما ينقضى (إسكندرية مستعجل ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٣ ص ١٣٥) – وقضى بفرض الحراسة إذا نسب إلى مدير الشركة مطاعن جدية تستوجب عزله ، بحيث يضحى من الخطر بقاء المال تحت يده ، حتى تقضى محكمة الموضوع بعزله (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٢ ص١١٦٥ : يقول الحكم إن الحراسة إجراء وقتى ليس فيه معنى العزل للشريك المنتدب للإدارة باتفاق الشركاء ، ولا مخالفة لنص المادة ٥١٦ مدنى) .

وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٣ – ١٣ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٦ – ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٢ – ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ – ١٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٦ – ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ – ١٥ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٦ – ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ (الشريك الذى يدير الشركة شهر إفلاسه) .

(١) وقد تقضى طبيعة أعمال الشركة بإقامة نفس المدير حارساً ينضم إليه حارس آخر يراقب أعماله (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ – ٢٤ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص ١٥٢ – محمد على رشدى فقرة ٢٣١) . وتختلف مهمة الحارس باختلاف الضرورة التى اقتضت الحراسة ، وقد تقتصر على مجرد الإشراف على عمل المدير ومراقبة حركة الإيرادات والمصروفات (استئناف مختلط ٢٠ يوليه سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٧ – محمد على رشدى فقرة ٢٣١) .

(٢) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢١ رقم ٤٥٤ ص ٣٩٦ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٢ – ٧ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠٤ – مصر مستعجل ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٠ قضية رقم ٢٤٤٨ سنة ١٩٤٠ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٠٠ ص ١٨٨ .

وفاة أحد الشركاء ، فيجوز للورثة أن يطلبوا وضع الشركة تحت الحراسة إلى أن يبت فى أمر حلها وتصفيتها[1] .

وقد يدعى بعض الشركاء أن الشركة قد حلت ، وينازع بعض آخر فى ذلك ، وينجم عن هذا النزاع أن يقوم خطر عاجل من بقاء الحالة على ما هى عليه ، ويستدعى الأمر إقامة حارس قضائى يتولى الإدارة مؤقتاً إلى أن يفصل فى النزاع[2] .

وقد يتفق الشركاء على تصفية الشركة ، ثم يختلفون فى تفسير عقد التصفية المبرم فيما بينهم ، ويقوم من وراء ذلك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد الإدارة الحالية ، فيقتضى الأمر إقامة حارس قضائى يتولى إدارة الشركة مؤقتاً حتى يفصل فى هذا النزاع[3] .

وقد تحل الشركة وتدخل فى دور التصفية ، ومع ذلك تفرض الحراسة

---

(١) وقد قضى بأن موت أحد الشركاء المتضامنين فى شركة تضامن ، واستمرار باقى الشركاء فى الشركة دون موافقة ورثة الشريك المتوفى ودون أن ينص فى عقد الشركة على استمرارها بعد وفاة أحد الشركاء ، يجيز لورثة الشريك المتوفى طلب وضع أموال الشركة تحت الحراسة حتى تبت محكمة الموضوع فى تصفيتها وتعيين مصف لها (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ — محمد على راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٣٤ هامش ٣ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٣) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بفرض الحراسة إذا استأثر أحد الشركاء بأموال الشركة مدعياً أنها حلت ، مع منازعة الشركاء الآخرين له فى ذلك (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين مما جاء فى الحكم أن المحكمة أقامت قضاءها بالحراسة على أموال الشركة استناداً إلى ماتجمع لديها من أسباب معقولة تحسست معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه ، وكان تقدير الجد فى النزاع وتوافر الخطر الموجب للحراسة من المسائل الموضوعية التى تقدرها محكمة الموضوع ، متى كانت الأسباب التى جعلتها قواما لقضائها بهذا الإجراء الوقتى تؤدى إلى النتيجة التى رتبتها عليها ، وكان يبين منها أنها لم تتناول عقد تصفية الشركة المبرم بين الشركاء بالتأويل والتفسير — كما ذهب إليه الطاعن — إنما اقتصرت على استعراض وجهتى نظر الطرفين لتبين مبلغ الجد فى النزاع ، وكان مايدعيه الطاعن عن أن الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها إعمالا لأحكام العقد الآنف الذكر مردوداً بأن شخصية الشركة تبقى بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهى هذه التصفية ، فإن ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من الخطأ فى القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس (نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣) .

عليها ، وتكون مهمة الحارس إثبات ما تكشف عنه أوراق الشركة وسجلاتها من حقوق وديون وما يصل إلى علم الحارس من ذلك بأى طريق ممكن ، حتى يتمكن من حصر الحقوق المالية التى تصلح عنصراً للتصفية ، وبخاصة إذا تبين أن عقد تصفية الشركة لم ترد به جميع الديون . ذلك أن مهمة الحارس فى هذه الحالة تختلف عن مهمة المصفى ولا تتعارض معها ، فلا تتنافى الحراسة مع قيام التصفية(١) .

وقد يقوم نزاع بين أحد الشركاء وبين الشريك المتولى الإدارة فى شأن ملكية بعض أموال الشركة ، فيدعى الشريك أنها ملكه ويدعى المدير أنها ملك الشركة ، ويصبح من الخطر بقاء تلك الأموال فى يد المدير ، فيقام حارس قضائى يتسلمها إلى أن يبت فى النزاع(٢) .

أما إذا وقع نزاع بين المساهمين فى شركة مساهمة حول ملكية الأسهم ، فإن ذلك فى ذاته لا يؤدى فى الأصل لإقامة حارس على أموال الشركة ، إذ لا خطر من هذا النزاع على إدارة الشركة ، وكل ما يترتب من الأثر هو

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة إجراء تحفظى وقتى تدعو إليه الضرورة ، فهو موقت بها ويستمد منها وجوده . وإذن فمتى كان الحكم قد بين مأمورية الحارس وهى تسلم أموال الشركة وجردها ، بحضور طرفى الخصوم ، وكان لازم ذلك أنها تنتهى بمجرد انتهاء العمل الموكول إلى الحارس ، وكانت مأمورية الحارس تختلف عن مهمة المصفى ولا تتعارض معها ، إذ سلطة كل منهما تغاير فى جوهرها سلطة الآخر ، فإن ما يعيبه الطاعن على الحكم من أنه لم ينص فى منطوقه على توقيت الحراسة ، أو أنه أمر بهذا الإجراء مع قيام التصفية ، لا مبرر له قانوناً (نقض مدنى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢ ص ٦٣) . وانظر محمد على راتب فقرة ٣٧٠ ص ٩٣٦ .

وقد يقوم النزاع – والشركة فى دور التصفية الاختيارية – بين المساهمين العاديين وأصحاب الأسهم الممتازة وحصص التأسيس ، مما يستوجب فرض الحراسة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بفرض الحراسة على أموال الشركة والعقارات المتنازع عليها ، قد رأى أن الخطر على مصلحة المطعون عليهم متوافر من بقاء هذه العقارات وتلك الأموال تحت يد الطاعن الأول بوصفه شريكاً مديراً للشركة ، مع احتدام الخصومة بينه وبين المطعون عليهم واحتمال امتداد أمدها إلى أن يبت بحكم نهائى من محكمة الموضوع مما يقتضى إقامة حارس ، وكان الحكم لم يتناول عقد الشركة بالتأويل والتفسير وإنما اقتصر على استعراض وجهتى نظر الطرفين ليتبين مبلغ الجد فى النزاع ، فإن النعى عليه الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله يكون على غير أساس (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص ٩٧٣) .

عدم تمكن الشخص الذى يدعى ملكية الأسهم من حضور الجمعية العامة لما يتطلب الحضور من إيداع الأسهم بمركز الجمعية أو بأحد المصارف[١] .

ولكن يمكن وضع الشركة المساهمة تحت الحراسة القضائية إذا قام نزاع بين أعضاء مجلس الإدارة بحيث لايتمكن هذا المجلس من أداء مهمته ، فيعين حارس تكون مهمته دعوة الجمعية العامة لانتخاب مجلس إدارة جديد ، ويدير الحارس الشركة حتى يتم انتخاب هذا المجلس[٢] . وكذلك يعين حارس لنفس المهمة إذا كان تعذر انعقاد مجلس الإدارة راجعاً إلى بطلان انتخاب أعضائه ، أو إلى بطلان انعقاد الجمعية العامة التى قامت بانتخاب الأعضاء ، أو إلى استقالة عدد من الأعضاء أو وفاتهم وعدم انتخاب غيرهم ، أو إلى قيام نزاع على ملكية عدد من الأعضاء للأسهم الواجب تملكها لجواز الترشيح لعضوية مجلس الإدارة[٣] .

وإذا انتهت الشركة ولم تتفق أغلبية الشركاء على تعيين المصفى ، فإن قاضى الموضوع يتولى تعيينه ، وكذلك يتولى تعيين مصف للشركة الباطلة

---

(١) إسكندرية مستعجل ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٤ ص ١٣٧ — حسن راشد جرانة بحث فى مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٣٨ وما بعدها — محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٦ — ص ٩٣٧ — أما إذا كانت الأسهم مرهونة رهناً حيازياً ، فإنه يجوز تعيين حارس قضائى لتسلم هذه الأسهم من الدائن المرتهن وإيداعها مركز الشركة حتى يتمكن المساهم من حضور الجمعية العامة ثم ترد بعد ذلك إلى الدائن المرتهن (باريس أول يونيه سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ — ١ — ٢٠٥ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٣ — محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص ٣٢٥ — محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٧ هامش ٢) .

(٢) ويجوز فرض الحراسة بناء على أحد طلب أعضاء مجلس الإدارة أو أحد المساهمين فى الشركة ، فلكل من هؤلاء مصلحة فى طلب الحراسة حتى تستقيم أعمال الشركة (حسن راشد جرانة فى مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٤٠ — محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٢٨ هامش ٢) .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٨ — والحارس القضائى يدعو وحده الجمعية العامة للانعقاد حتى لو كان النظام الأساسى للشركة يستلزم لانعقاد الجمعية العامة أن يوجه الدعوة مجلس الإدارة أو عدد من المساهمين ، لأن الحارس القضائى إنما عين لهذا الغرض ، ويقوم بتحقيقه كإجراء تحفظى وقتى لا يمس النظام الأساسى ، ومتى تحقق الغرض لم يجز بعد ذلك مخالفة النظام الأساسى فى دعوة الجمعية العامة (حسن راشد جرانة مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٤١ — محمد على رشدى فقرة ٢٣١ — محمد على راتب فقرة ٣٧١ ص ٩٣٩ هامش ١ — وقارن اسكندرية مستعجل ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ١٣٧ : ويقضى الحكم بأن الحارس لا يدعو الجمعية العامة للانعقاد إلا إذا طلب إليه ذلك العدد اللازم من المساهمين طبقاً للنظام الأساسى) .

(م ٥٣٤ مدنى)[1] . والمصفى ليس حارساً قضائياً ، بل إن مهمته أوسع بكثير من مهمة هذا الحارس ، فهو يبيع مال الشركة ، ويستوفى الحقوق ويوفى الديون ، ويقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً (انظر المواد ٥٣٥ إلى ٥٣٧ مدنى)[2] ولكن لا يوجد ما يمنع ، بالرغم من أن قاضى الموضوع قد عين مصفياً للشركة ، من أن يعين قاضى الأمور المستعجلة حارساً قضائياً للشركة ، إذا نسب إلى المصفى ما يجعل من الخطر بقاء أموال الشركة فى يده ، أو طرأ بعد تعيينه ما يستوجب الحراسة القضائية . فيتولى الحارس إدارة أموال الشركة موقتاً ، حتى يبت فى النزاع القائم فى شأن المصفى أو حتى يعين مصف آخر محله[3] .

وفى جميع الأحوال لا تجوز الحراسة إلا كإجراء وقتى تحفظى ، تستلزمه ضرورة المحافظة على حقوق الشركاء أو الأعضاء[4] . ولا تجوز إذا تبين أن الفرض منها إنما هو تعديل فى عقد الشركة أو النظام الأساسى دون موافقة

---

(١) وتنص المادة ١/٧٧ مدنى على أن « تعين المحكمة عند الحكم بإلغاء المؤسسة مصفياً لأموالها ، وتقرر مصير ما يتبقى من الأموال بعد التصفية ، وفقاً لما نص عليه فى سند إنشاء المؤسسة » .

(٢) محمد على راتب فقرة ٢٧٢ — إسكندرية مستعجل ٨ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١٢٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠م٤٢ ص ٥٨٥ — محمد على رشدى فقرة٢٣٣— محمد على راتب فقرة ٣٧٢ ص ٩٤٠ — هذا وقد يقوم النزاع فى تكييف العلاقة بين الخصمين ، هل هى شركة توصية أو عقد عمل ، فيقيم القضاء المستعجل حارساً قضائيا حتى تبت محكمة الموضوع فى النزاع (مصر مستعجل ١٠ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٣٢ — محمد على رشدى فقرة ٢٣٠ ص ٣٢٥ هامش ٣ — انظر عكس ذلك وأن قاضى الأمور المستعجلة يتعدى اختصاصه إذا قضى بوضع الحراسة : استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٩) .

(٤) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ — وقد قضى بأنه ليس للشريك المدير أن يعترض على الحراسة بقوله إن تعيين الحارس القضائى يتضمن عزلا له وإن العزل لا يكون إلا بحكم من محكمة الموضوع وطبقاً لنص المادة ٥١٦ مدنى — ليس له أن يتحدى بذلك ، لأن مثل هذا القول مردود بأن الحراسة القضائية متى فرضت عند توافر أركانها ، فإنها تفرض كإجراء وقتى تحفظى تقتضيه الظروف العاجلة التى تحسسها القاضى من ظروف الدعوى ، وليس فيها معنى العزل للشريك المنتدب للإدارة ، ولا فيها مخالفة لنص المادة ٥١٦ السالفة الذكر (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٢ ص ١١٦٥ وهو الحكم السابق الإشارة إليه آنفاً فقرة ٤٢٣ فى الهامش) .

جميع الشركاء ، أو تحويل الشركة إلى شركة أخرى ، أو الحد من سلطة المدير ، فإن هذا يكون فيه مساس بالموضوع وينبنى عليه الإخلال بنصوص عقد الشركة[١] .

وإذا قضى بالحراسة على شركة كإجراء وقتى تحفظى ، فإنه يجوز للقاضى إذا كان هناك مبرر لذلك ، كأن كانت أعمال الشركة المالية مرتبكة ، أن يحكم بوقف التعامل فى أسهم هذه الشركة وسنداتها حتى لا تهبط أسعارها ، وذلك محافظة على مصالح المساهمين والدائنين . وقد نصت المادة ١٦ من القانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٢٧ الخاص باللائحة العامة لبورصات الأوراق المالية على أنه « يجوز للقضاء ، عند الحكم بالحراسة على إحدى الشركات ، أن يأمر على وجه الاستعجال بوقف التعامل فى الأوراق المالية المتعلقة بهذه الشركة حتى يفصل فى أمرها ، إذا اقتضت الضرورة ذلك »[٢] .

§ ٣ – تجمع أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه

٤٢٤ – قيام الخطر العاجل كاف وحده لفرض الحراسة : قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى تجيز للقضاء أن يأمر بالحراسة « إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه » . فلا يشترط إذن فى هذا الفرض الثالث ، كما سبق القول[٣] ، إلا توافر الشرط العام فى كل حراسة قضائية ، وهو قيام الخطر العاجل . ولذلك يدخل فى هذا الفرض جميع أحوال الحراسة التى لا تدخل فى الفروض الأخرى ، فلا يشترط نص خاص فى القانون ولا قيام

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٧ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٧ – ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٠ – عبد الحكيم فراج فقرة ٢٠١ – محمد على رشدى فقرة ٢٣٢ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٦٩ ص ٢٤٤ – وعلى ذلك لا يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يحكم بتصفية الشركة أو تعيين مصف لها ، لأن هذا لا يعتبر إجراء تحفظياً ، بل هو فصل فى موضوع النزاع ، وليس له كذلك أن يحكم بحل الجمعيات والمؤسسات ، فهذا فصل فى موضوع النزاع ، وقد نظم له القانون إجراءات خاصة (محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٢ – فقرة ٢٧٣) .

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٧٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

نزاع جدى أو حق غير ثابت ، بل يكفى قيام الخطر الداجل وحده لفرض الحراسة ، ومن ثم تكون أحوال الحراسة غير مذكورة على سبيل الحصر . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وأخيراً وضع المشروع نصاً عاما يجيز الحكم بالحراسة فى غير الحالتين السابقتين . وبناء على هذا النص لم يعد ضرورياً أن يكون هناك نص خاص فى القانون يجيز الحراسة فى كل حالة على حدة ، ولا أن يقوم بشأن المال المراد وضعه تحت الحراسة نزاع ، أو يكون الحق فيه غير ثابت ، بل يكفى أن يكون لشخص مصلحة فى مال لانزاع فيها ، وأن تتجمع لدى هذا الشخص أسباب معقولة يخشى معها أن يختلس هذا المال حائزة أو أن يتلفه أو أن يغير فيه : انظر المادة ٦٦٣ ثانياً من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويترك للقاضى تقدير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة ، وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقولة »[1] .

فيكفى إذن أن يكون لطالب الحراسة مصلحة فى منقول أوعقار ، ولم يتطلب القانون أن يكون له حق فى المنقول أو العقار ، بل لم يحدد المصلحة فيصح أن تكون مصلحة مادية أو مصلحة أدبية ، كما يصح أن تكون مصلحة محققة أومصلحة محتملة[2] ، وسيأتى بيان ذلك فى التطبيقات العملية .

ولم يكن نص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى صريحاً فى إمكان فرض الحراسة على مجموع من المال ، فقد ذكر المنقول والعقار وسكت عن مجموع المال ، على عكس المادة ٧٢٩ مدنى والفقرة الأولى من المادة ٧٣٠ مدنى فإن مجموع المال ورد صراحة فى النص الأول وورد فى النص الثانى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٧٩ – ص ٢٨٠ – وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٠ مدنى يحصر اسباب الخطر العاجل فيقول : « إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أوعقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة مايخشى معه أن يختلس الحائز هذا الشيء ، أو أن يتلفه ، أو أن يغير فيه » . وفى لجنة المراجعة عدل النص ليكون حكمه عاما ، فأصبح كافياً أن يخشى صاحب المصلحة « خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه » ، وهذا ما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٠ وانظر آنفاً فقرة ٤٠٩ فى الهامش) – وانظر فى النتائج العملية التى تترتب على الفرق بين نص التقنين المدنى ونص المشروع التمهيدى : عبد الحكيم فراج فقرة ١٢٧ – فقرة ١٣٤ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٤١ – فقرة ١٤٣ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤١ .

عن طريق الإحالة إلى النص الأول . ولكن أحكام القضاء مضطردة فى عهد التقنين المدنى القديم على جواز فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال ، وقد رأينا تطبيقات كثيرة لذلك عند الكلام فى الحراسة القضائية على التركات[1] وعلى الشركات والجمعيات والمؤسسات والنقابات[2]. وقد أراد التقنين المدنى الجديد ، كما رأينا[3] ، أن يجارى أحكام القضاء فى التوسع ، وأن يقنن ما وصلت إليه هذه الأحكام من المدى البعيد فى هذا السبيل . ولم يفته ، إمعاناً فى الإفصاح عن هذا القصد ، أن يذكر صراحة مجموع المال فى الحراسة الاتفاقية ، وفى الحراسة القضائية فى الفرض الذى قيده بقيام النزاع أو الحق غير الثابت . فليس معقولا أن يكون ، فى الفرض الذى أراد فيه إطلاق الحراسة القضائية من هذه القيود ، قد قصد بإغفاله عبارة « مجموع من المال » أن يعود إلى تقييد هذه الحراسة ، ولاشك فى أن هذا سهو غير مقصود . لذلك لامحل للتردد فى القول بإمكان فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال ، حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم أو حق غير ثابت[4] .

ويجب ، كما هو صريح النص ، أن تتجمع لدى طالب الحراسة أسباب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٤) ويقول الأستاذ عبد الحكيم فراج فى هذا المعنى : « لذلك كان الواجب يقضى ، حتى يتفق النص التشريعى مع ما استقرت عليه أحكام القضاء ، أن تضاف عبارة « مجموع من المال » إلى صدر الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ من القانون المدنى الجديد ، ليكون حكمها شاملا وعاما مثل حكم الفقرة الأولى من المادة ذاتها ، ومثل حكم المادة ٧٢٩ من القانون المدنى الجديد التى تكلمت عن الحراسة الاتفاقية ، خصوصاً وأن المشرع قصد صراحة أن يكون حكم الفقرة الثانية المذكورة عاما وشاملا حتى يتسنى للقضاء أن يواجه بها جميع الأحوال التى لم يقم فى شأنها نزاع أو لم يخصص لها نص فى القانون . فكان من مقتضى تحقيق هدف المشرع أن يضاف إلى نص الفقرة الثانية المذكورة عبارة « مجموع من المال » بجانب المنقول والعقار . أما وقد سكت المشرع عن ذلك ، ولم يصرح عن قصده فى عدم جواز الحراسة عليه ، وجب حمل سكوته على جوازها على مجموع من المال كلما توافرت شروط النص ، تحقيقاً لسياسة المشرع فى جعل النص عاما وشاملا ، ولو ورد أحوال الحراسة فيه على سبيل المثال ، وقياساً على حكم الفقرة الأولى من المادة ٧٣٠ من القانون المدنى الجديد والمادة ٨٧٦ منه التى أجازت للقضاء تعيين مصف للتركة إذا لم يعين المورث وصياً لتركته » (عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٥ ص ١٢٦) .

معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه . وليس فى هذا إلا ترديد للشرط العام المطلوب توافره فى جمع دعاوى الحراسة كما سبق القول . وتقدير قيام الأسباب المعقولة والخطر العاجل مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضى الموضوع ، وقد صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول فيما رأينا : « ويترك للقاضى تقرير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة ، وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقوله »[1] .

٤٢٥ — بعض التطبيقات العملية : ونورد بعض تطبيقات عملية لهذا الفرض العام ، حيث لايشترط قيام نزاع أو حق غير ثابت . ونبادر إلى القول بأن كثيراً من التطبيقات العملية التى أوردناها حيث يقوم نزاع جدى يمكن تصورها متحققة دون أن يقوم أى نزاع ، فتكون هى ذاتها تطبيقات عملية لهذا الفرض العام الذى نحن بصدده . فقد لايقوم نزاع فى شأن المال المبيع أو العين المؤجرة أو المال الشائع أو التركات أو الشركات ، ومع ذلك توضع هذه الأموال تحت الحراسة القضائية مادامت هناك أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال فى يد حائزه . وفى ضوء هذه الملاحظة نستعرض طائفة من التطبيقات العملية يكون فيها مال طالب الحراسة فى يد الغير ، أو يكون له حق فى مال الغير ، أو يكون دائناً ويطلب الحراسة لضمان وفاء الدين ، أو يكون له حق محتمل يريد حمايته عن طريق الحراسة .

٤٢٦ — مال طالب الحراسة فى يد الغير : رأينا أمثلة متعددة لحالة يكون فيها مال طالب الحراسة فى يد الغير ويخشى خطرا عاجلا من بقائه فى يد حائزه ، فيطلب وضعه تحت الحراسة . من ذلك وجود العين فى يد المستأجر ، ووجود العين المرهونة رهن حيازة فى يد الدائن المرتهن ، ووجود العين المنتفع بها فى يد المنتفع .

وقد رأينا أنه يجوز للمؤجر أن يطلب وضع الأرض المؤجرة تحت الحراسة ، إذا أهمل المستأجر زراعتها ، أوتركها بوراً ، أوكانت الضرورة تقضى بتهيئتها للزراعة فوراً ولم يقم المستأجر بذلك[2] . ويمكن تصور قيام هذه الحالة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٠ — وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٠ والأحكام والمراجع المشار إليها فى هامش هذه الفقرة .

دون أن يكون هناك أى نزاع فى شأن الإيجار ، فلا المؤجر ينازع المستأجر فى حقه كمستأجر ، ولا المستأجر ينازع المؤجر فى حقه كمؤجر ، ومع ذلك يخل المستأجر بالتزاماته على النحو الذى قدمناه ، فيقوم خطر عاجل من بقاء العين المؤجرة فى يد المستأجر . ومن ثم يجوز للمؤجر وضع العين تحت الحراسة ليقوم الحارس بزراعة الأرض على الوجه الواجب ، إلى أن يقدم المستأجر ضماناً بأنه سيقوم هو بتنفيذ التزاماته على الوجه الذى يتطلبه القانون . وكالأرض الزراعية المبانى ، فإذا أخذ المستأجر يخرب المنزل الذى استأجره ، أو أساء استعماله ، أو استعمله فى غير الغرض الذى أعد له ، دون أن يقدم نزاع بين المؤجر والمستأجر فى شىء من ذلك ، فإنه يجوز مع هذا للمؤجر أن يطلب وضع المنزل تحت الحراسة ، ليقوم الحارس بإزالة ماوقع من المستأجر من المخالفات وسوء الاستعمال ، إذا كان هناك خطر عاجل يبرر فرض هذه الحراسة .

كذلك يجوز للمدين الراهن رهن حيازة أن يطلب وضع الشىء المرهون تحت الحراسة ، إذا أداره الدائن المرتهن إدارة سيئة أو ارتكب إهمالاً جسيماً أو أساء استعمال حقه . ويجوز وضع العين تحت الحراسة حتى لو لم يقم نزاع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن فى شىء من ذلك ، ويكفى أن يكون هناك خطر عاجل يهدد سلامة الشىء المرهون . وقد نصت المادة ١١٠٦ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — يتولى الدائن المرتهن إدارة الشىء المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشىء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله . ٢ — فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشىء إدارة سيئة أوارتكب فى ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشىء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لاتسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلايكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » . وقد سبق ذكر ذلك[1] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩٢ فى الهامش .

وكذلك يجوز لمالك الرقبة ، إذا استعمل المنتفع الشيء انتفاعاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته ، أن يطلب وضعه تحت الحراسة ، حتى لو لم يكن هناك نزاع فى ذلك بين الطرفين . ويكفى أن يثبت مالك الرقبة أن حقوقه فى خطر حتى يجوز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فإن تخلف المنتفع عن تقديمها ، جاز وضع الشيء تحت الحراسة ، بل جاز عند الاقتضاء الحكم بانتهاء حق الانتفاع . وهذا ما نصت عليه المادة ٩٨٨ مدنى ، وقد تقدم ذكرها[١] .

٤٢٧ — **لطالب الحراسة حق فى مال الغير :** وننتقل الآن إلى حالات لا يطلب فيها الشخص كما فى الحالات السابقة وضع الحراسة على ماله فى يد الغير ، بل يطلب فيها وضع الحراسة على مال الغير لأن له حقاً تعلق بهذا المال . ونختار أمثلة لذلك العين الموعود ببيعها وهى فى يد الواعد ، والعين المبيعة وهى فى يد المشترى ، والعقار المرهون رهناً رسمياً وهو فى يد المدين الراهن .

فأما العين الموعود ببيعها فهى لا تزال فى ملك الواعد ، وليس للموعود له إلا حق شخصى يتعلق بها إلى أن يبدى رغبته فى الشراء . فإذا خشى الموعود له خطراً عاجلا من بقاء العين تحت يد صاحبها طول المدة التى تسبق إبداء رغبته فى الشراء ، كأن شرع الواعد فى التصرف فيها وبخاصة إذا كانت منقولا حيث يسهل عليه أن يتصرف فيها لحائز حسن النية فيضيع على الموعود له حقه ، عند ذلك يستطيع الموعود له أن يطلب وضع العين تحت الحراسة إلى أن ينقضى الوقت الذى يجوز له فيه إبداء رغبته فى الشراء ، حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم فى هذا الشأن بين الواعد والموعود له . ولكن يجب أن يثبت الموعود له أن هناك خطراً عاجلا محققاً من بقاء العين تحت يد الواعد ، إذ أن هذا الأخير لا يزال هو المالك للشيء فلا تغل يده بالحراسة إلا إذا كان هناك خطر عاجل يبرر ذلك .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٢ — وإذا خشى المالك خطراً من اتخاذ الدائن لإجراءات نزع الملكية فى دين ينازع فيه ، جاز له أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة حتى يبت فى النزاع القائم فى شأن الدين (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤) .

وقد تنتقل ملكية العين المبيعة إلى المشترى ويتسلمها ، ولكن يبقى حق امتياز البائع متعلقاً بالعين ضماناً لوفاء الثمن . وقد قدمنا أنه إذا أثبت البائع الذى لم يستوف الثمن أن المشترى يخرب العين المبيعة للانتقاص من حق امتيازه ، أو أثبت أن المشترى لم يقم بسداد الديون التى تضمنها العين المبيعة وفقاً لشروط البيع ، أولم يقم بسداد الضرائب المستحقة على العين ، وأن عدم سداد الديون أو الضرائب يهدد العين بنزع الملكية فيضعف ضمانه ، جاز له أن يطالب وضع العين تحت الحراسة(1) . ويجوز له أن يتقدم بهذا الطلب حتى لو لم يكن هناك نزاع قائم بينه وبين المشترى ، مادام أن هناك خطراً عاجلا يهدد الضمان الذى له فى الوفاء بالثمن ، وهذا يكفى لفرض الحراسة .

والعقار المرهون رهناً رسمياً يبقى فى يد الراهن وتبقى له ملكيته ، ولكن يتعلق بالعقار حق الدائن المرتهن . وقد يهدد هذا الحق خطر عاجل ، فيجوز للدائن المرتهن أن يطالب وضع العقار تحت الحراسة وهو ليس ملكاً له ولكن تعلق به حقه . ولايشترط قيام نزاع لإمكان فرض الحراسة ، بل يكفى قيام الخطر العاجل . ويؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٤٧ مدنى من أن «يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك» . وغنى عن البيان أن من بين الوسائل التحفظية التى يستطيع الدائن المرتهن اتخاذها للمحافظة على سلامة العقار المرهون أن يطلب وضعه تحت الحراسة(2) .

٤٢٨ — طالب الحراسة دائن يريد ضمان وفاء الدين : ويتصل بما تقدم أن يكون طالب الحراسة دائناً شخصياً فتكون جميع أموال المدين ضماناً لدينه ، ومن هنا يتعلق حقه بملك الغير ، ولكن لابعين معينة بالذات كما هى الحال فيما قدمناه من تعلق حق الموعود له بالعين الموعود ببيعها ومن تعلق

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٩ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز لمن له حق عينى فى عقار مملوك للغير أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة ، إذا خشى من استئثار المالك بالعقار (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ – ٩ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤١ – ومع ذلك قارن : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩١٣ – ٥ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠) .

حق البائع بالعين المبيعة ومن تعلق حق الدائن المرتهن بالعقار المرهون ، ولكن بمجموع أموال المدين . فهل يجوز للدائن الشخصى أن يطلب وضع أموال مدينه تحت الحراسة لاستيفاء دينه منها ؟

نستبعد أولا جواز وضع الحراسة على مجموع أموال المدين فيما عدا حالة المدين المعسر . وليس ذلك لأنه لايجوز وضع الحراسة على مجموع من المال ، فقد بينا أن ذلك يجوز كما فى التركات والشركات والجمعيات والمؤسسات والنقابات . ولكن لأن وضع الحراسة على مجموع أموال المدين هو بمثابة حجر عليه ورفع يده عن جميع أمواله ، وهذا لايجوز إلا فى حالات خاصة حددها القانون وهى الحجر والإفلاس والإعسار ، ومن ثم استثنينا المدين المعسر(١) .

ويبقى بعد ذلك أن يطلب الدائن وضع الحراسة على مال للمدين معين ، لايتعلق به حقه خاصة وإنما يتعلق به داخلا فى عموم ماله كما يتعلق بأى مال آخر للمدين ، فهل يجوز ذلك ؟ إذا أريد بالحراسة التنفيذ على أموال المدين ، فيطلب الدائن وضع مال للمدين تحت الحراسة ليقوم الحارس بإدارته وتصفيته وبيعه وسداد الدين من ثمنه ، فإن هذا لايجوز . ذلك أن الحراسة لم تشرع لتكون طريقاً للتنفيذ(٢) ، وطرق التنفيذ قد نظمها قانون المرافعات

---

(١) نقض فرنسى ١٠ يوليه سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦ - ١ - ٣١٣ - ١٣ نوفبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ - ١ - ٣٤ - ليون ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٨٢ - أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٣ - پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٢ ص ٥٣٣ هامش ٣ - وانظر فيما يتعلق بالحراسة الاتفاقية آنفاً فقرة ٤٠٠ فى الهامش - وقارن بودرى وڤال فقرة ١٢٨٢ .

(٢) أو لإكراه المدين على الوفاء (محمد على رشدى فقرة ٢٢٢ - محمد على راتب فقرة ٣١١ ص ٨٠٦ - استئناف مصر ١٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣٥٣ ص ١٨٤ - مصر مستعجل ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥١١ ص ٨٩٦ - ١١ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٥٠ ص ٣٢٥ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٥٨ ص ١٠١ - بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٢٠ ص ١٠٤١ - إسكندرية مستعجل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٩ ص ٧٠٠ - استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢ - أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٧ - ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٠٣ - ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٣ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٠١ - ٢٥ يوليه سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٣) .

وليست الحراسة من بينها ، وما الحراسة إلا إجراء تحفظى مؤقت لا يمس أصل الموضوع ، بخلاف استيفاء الدين من مال المدين فهو إجراء تنفيذى غير مؤقت ويمس أصل الموضوع . ولكن الحراسة على مال للمدين تجوز إذا أريد بها أن تكون إجراء تحفظياً موقتاً ، ويكون الغرض منها المحافظة على هذا المال من خطر عاجل يتهدده ، كأن يكون المدين قد شرع فى التصرف فيه لتهريبه . وقد قضى بأنه يجوز وضع الحراسة على مال للمدين ، إذا ثبت أن هذا الأخير يحاول الهروب من الدين بالتصرف فى المال تصرفاً صورياً[1] ، أو إذا تعمد المدين تعطيل أثر إجراءات التنفيذ التى اتخذها الدائن بالمماطلة والتواطؤ مع الغير[2] ، أو إذا تخلف الراسى عليه المزاد عن أداء التزاماته بسبب إفلاسه وظل العقار فى حيازة المدين المنزوعة ملكيته يستولى

= وقد قضى بعدم جواز فرض الحراسة بناء على طلب أحد المدينين المتضامنين عندما يتأخر المدين المتضامن معه فى سداد نصيبه من الدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٥٨) ، أو بناء على طلب الدائن العادى الذى لديه سند تنفيذى ويرغب فى تنفيذه بطريق وضع أمواله تحت الحراسة (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ – طنطا استئنافى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١) .

ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز للدائن الجارى نزع أملاك مدينه أن يطلب تعيينه حارساً قضائياً على الأعيان التى ينزع ملكيتها ، ليستغلها بنفسه لنفسه وفاء لدينه ، على أن تنتهى الحراسة عند سداد الدين (بنى سويف ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٨ رقم ٤١ ص ٧٨) .

(١) استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٠ – ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ – ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ٢٢١ – ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ .

(٢) وقد قضى بأن الحارس المقام على عقار لحماية مصلحة الدائنين من تصرفات المدين اتخاذ كل الإجراءات التى تكفل الوصول إلى هذه الغاية ، وبوجه خاص طلب بطلان عقود الإيجار المخالفة للقانون أو التى تواطأ فيها المدين إضراراً بالدائنين (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٥ – محمد على رشدى فقرة ٢٢٤ ص ٣١٧ هامش ١) ، أو طلب بطلان الهبة التى صدرت من المدين إضراراً بالدائنين (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦) . وقضى بأن الحراسة لا تجوز إلا إذا تعذرت وسائل التنفيذ التى رسمها القانون أو استحالت إما لسوء نية أو لسوء إدارة ، وهى فى الحالتين تكون الطريق الوحيد الذى يكفل حق الدائنين ويصون مصالح المدين (إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩) ، فلا تجوز الحراسة لمجرد ضمان استيفاء الثمن إذ القانون قد رسم طرقاً لاستيفائه ليس من بينها الحراسة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢) ، وإذا رفعت الدعوى البولصية أو دعوى الصورية على متلقى العقار لم يكن ذلك كافياً لطلب الدائن وضع العقار تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٢ – ٣٠ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤) .

على ثماره ويتصرف فيه(١) . ولايشترط فى جميع هذه الأحوال أن يكون هناك نزاع قائم بين الدائن والمدين ، بل يكفى قيام الخطر العاجل على النحو الذى بيناه لفرض الحراسة على مال المدين(٢) .

والمدين المعسر كالمدين الموسر يمكن للدائن أن يطلب وضع الحراسة على مال له معين ، بل إن حالة المدين المعسر تستدعى الحراسة أكثر مما تستدعيه حالة المدين الموسر ، فإنه أقرب إلى تهريب ماله وإلى المماطلة والتواطؤ مع الغير . ولكن وضع مجموع ماله تحت الحراسة هو محل الخلاف . على أن الرأى السائد فى القضاء والفقه فى مصر هو أنه لايجوز ذلك ، فإن فيه حجراً على حرية المدين فى إدارة أمواله والتصرف فيها والحجر لايكون إلا فى الحالات التى نص عليها القانون وليس الإعسار منها ، وفيه كذلك حجر على حق الدائن فى التنفيذ الفردى على أموال مدينه وهو حق يتلقاه من القانون مباشرة

---

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨ — استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ — عبد الحكيم فراج فقرة ٩٠ — فقرة ٩٢ — محمد على رشدى فقرة ٢٢٣ — محمد على راتب فقرة ٣١١ — وقد قضى بجواز الحراسة على عقار لمصلحة الدائنين ، بالرغم من أن هذا العقار لم يتم بناؤه ولا يمكن تأجيره ولا يغل ريعاً ، إذا كان المدين مالك العقار يحاول الإنقاص من قيمته معرضاً بذلك حقوق الدائنين للخطر (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٨ — عبد الحكيم فراج فقرة ١٤٤ ص ١٢٣) .

(٢) وقد قضى بأنه تصح الحراسة على متجر للمدين (جراج) لضمان استيفاء الدين إذا كان المدين لا يملك أى مال آخر (استئناف مختلط ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١) . وإذا وضع الدائن الحراسة على ريع عقار المدين اعتبر بمثابة دائن حاجز ، ويجب إعلانه للتقدم فى التوزيع مع سائر الدائنين الحاجزين وإلا كانت إجراءات التوزيع باطلة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٠) . ولا يشترط لوضع العقار تحت الحراسة اتخاذ إجراءات نزع الملكية وحجز العقار ، إذ الحراسة فى هذا الفرض الأخير حالة خاصة نص عليها القانون(استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١) .

ويجوز للدائن المرتهن أن يتفق مع المدين على وضع العقار المرهون رهناً رسمياً تحت الحراسة إذا تأخر المدين فى وفاء الدين وتكون الحراسة فى هذه الحالة حراسة اتفاقية ، وإذا رسا المزاد على الدائن ولم يتمكن من تسلم العين جاز له أن يطلب وضعها تحت الحراسة ، وإذا وقفت إجراءات نزع الملكية بسبب المعارضة فى التنبيه لم يمنع ذلك من وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٩) . وانظر استئناف مختلط ٣١ مايوسنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ — ١٧ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٣ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣١ .

فلا يجوز حرمانه منه إلا بنص صريح فى القانون . هذا إلى أن وضع الحراسة على مجموع أموال المدين يتضمن ضرباً من التصفية الجماعية لأموال المدين على غرار التصفية الجماعية المقررة فى الإفلاس ، فلايجوز تحت ستار الحراسة إدخال نظام لايصح دخوله إلا بنصوص صريحة[1] . ويبدو أن هذه الحجج قد فقدت أهميتها بعد أن نظم التقنين المدنى الجديد حالة الإعسار ، ولم تكن منظمة فى التقنين المدنى القديم . وإذا كان قد حذف من نصوص التقنين المدنى الجديد تنظيم التصفية الجماعية لأموال المدين المعسر على غرار التصفية الجماعية لأموال التاجر المفلس ، فإنه لاتزال هناك نتائج هامة تترتب على شهر إعسار المدين . وأهم هذه النتائج أن يحل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة (م٢٥٥ مدنى) ، ولا يجوز للدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقارات المدين المعسر (م٢٥٦ مدنى) ، ولايسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته (م٢٥٧ مدنى) ، كما لايسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين (م٢٥٧ مدنى) . ويعاقب المدين بعقوبة التبديد إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه ، أو إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أومبالغاً فيها (م ٢٦٠ مدنى). ويتبين من ذلك أن هناك مصلحة جدية للدائن فى طلب وضع الحراسة على مجموع أموال المدين المعسر إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد المدين المعسر . وإذا كان القانون يجعل كما رأينا أى وفاء يقوم به المدين المعسر لايسرى فى حق الدائنين ،

---

(١) استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٢٦ ص ٨٦٣ — مصر ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥١١ ص ٨٩٦ — طنطا الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٨١ — بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٢٠ ص ١٠٤١ — إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ — المنيا الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١٣٧ ص ٢٤١ — استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٤٥ — محمد على رشدى فقرة ٢٢٢ ص ٣١٥ — ص ٣١٦ — محمد على راتب فقرة ٣٧٣ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٥٠ .

وانظر فى إمكان وضع الحراسة على مجموع أموال المدين فى حالة اتفاق المدين المعسر مع جميع الدائنين وفى حالة اختفاء المدين المعسر ليتجنب مطالبة الدائنين : عبد الحكيم فراج فقرة ٢٢٨ ، فقرة ٢٣٠ .

ويعاقب بعقوبة التبديد المدين المعسر الذى يخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، فإن هذا معناه أن هذه أمور يحتمل وقوعها من المدين المعسر ولذلك حرمها المشرع . فلماذا إذن ، إذا تجمعت لدى الدائن أسباب جدية تجعله يخشى من أن تقع هذه الأمور ، يمنع من اتخاذ إجراء تحفظى وقائى فيطلب وضع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة ؟ وبذلك يتوقى وقوع هذه الأمور ، وهذا خير من تركها تقع ثم يحاول تلافى نتائجها بعد ذلك ، وهنا يصح القول بأن الوقاية خير من العلاج . من أجل ذلك نرى أن للدائن أن يطلب وضع مجموع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة إذا أثبت أن هناك خطراً عاجلا من بقاء هذه الأموال تحت يد المدين ، بل إنه يجوز فى رأينا طلب فرض الحراسة على أموال المدين فى أثناء نظر دعوى شهر الإعسار حتى لا يسارع المدين توقعاً لصدور الحكم بشهر إعساره إلى إخفاء أمواله . والذى لا يجوز هو أن تكون مهمة الحارس تصفية أموال المدين وسداد ديونه ، فإن هذه مسألة موضوعية تنفيذية لا شأن للحراسة ، وهى إجراء موقت تحفظى ، بها . وكل ما يكلف به الحارس هو المحافظة على أموال المدين من التبديد والضياع ، ومنعه من أن يؤثر بعض الدائنين على بعض بوفاء ديونهم ، والدائنون بعد ذلك وشأنهم فى اتخاذ إجراءات التنفيذ الفردية التى يرون اتخاذها استيفاء لحقوقهم من أموال المدين[1] .

٤٢٩ — لطالب الحراسة حق محتمل يريد حمايته : ويصح أن يكون لطالب الحراسة ، لا حق قائم يطلب وضع الحراسة لحمايته ، بل مجرد حق

---

(١) انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٣٣ — فقرة ٢٣٩ وبوجه خاص فقرة ٢٣٨ — فقرة ٢٣٩ ص ٢٢٤ — ص ٢٢٧ . وقد جاء فى حكم لمحكمة استئناف مصر ، فى عهد التقنين المدنى القديم وقبل تنظيم الإعسار ، أن الحراسة فى ذاتها ليست مطلوبة لتمكين الدائن من الحصول على حقه من طريق رفع يد المدين عن استغلال أملاكه ، بل هى مطلوبة كإجراء مستعجل للحيلولة دون تبديد المدين للريع الذى أصبح ملحقاً بالعقار المنزوع ملكيته وواجباً توزيعه على الدائنين مع ثمن العقار . وإذا كان القانون المدنى المصرى لم ينص على الإفلاس المدنى لحماية حقوق الدائن ، فإن من واجب القاضى ألا يدخر وسعاً فى الأمر بكل إجراء لا يخالف أحكام القانون ويكون الغرض منه تمكين الدائن من تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته والوصول إلى حقه من مدين مماطل (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٢ ص ١٩٨) .

محتمل ، وهذا يكفي لفرض الحراسة متى كان هناك خطر عاجل يتهدد هذا الحق المحتمل .

وقد قضي في فرنسا في هذا المعنى بأنه يجوز للمجني عليه أن يطالب وضع أموال والد المتهم ووالدته — والمتهم قاصر ووالده مسئول عنه مدنياً ثم والدته إذا مات والده — تحت الحراسة وفاء لما قد يستحق له من التعويض[1] .

وقد ترفع دعوى الحجر ، فيبادر المطلوب الحجر عليه إلى تبديد أمواله ، وهذا يلحق الضرر بورثته بالرغم من أن حقهم في الوراثة حق احتمالي . وقد نصت المادة ١١٤ مدني على أن « ١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلايكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أوالعته شائعة وقت التعاقد ، أوكان الطرف الآخر على بينة منها ». وتنص المادة ١١٥ مدني على أنه « ١ — إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام . ٢ — أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلايكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . ويخلص من ذلك أنه يخشى من تصرفات المطلوب الحجر عليه في أثناء اتخاذ إجراءات الحجر ، بل قبل اتخاذها إذا شعر أنه مهدد بها ، ومن ثم عالج المشرع هذه التصرفات فجعلها في بعض الأحوال باطلة أو قابلة للإبطال . كذلك يخشى أن يخفي المطلوب الحجر عليه أمواله أو يبددها . فإذا تجمعت لدى الورثة أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل يهدد حقهم المحتمل في الوراثة من بقاء المال تحت يد مورثهم قبل صدور قرار بالحجر عليه ، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يطلبوا من قاضي الأمور المستعجلة وضع أمواله تحت الحراسة حتى يبت في طلب الحجر[2].

---

(١) نانسي ٢١ أبريل سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ — ٤٩٥ — أوبري ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٢ — ص ١٩٣ — پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٤ ص ٥٣٦ هامش ٢ — أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ **Séquestre** فقرة ٢٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى باريس ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعي ١٩٣٠ — ٥٦٥ — وانظر في الدفاع عن هذا الحكم ضد ما وجه إليه من انتقادات محمد علي رشدي فقرة ٢٠٧ — فقرة ٢١٠ .

وقد قضى ، تطبيقا لنفس المبدأ ، بجواز وضع أموال الغائب تحت الحراسة ، حتى لو لم تنقص سنة كاملة على غيابه ، لضمان المحافظة على أمواله وحسن إدارتها واستغلالها ، وحفظاً لمصلحة أصحاب الشأن ممن يحتمل أن تؤول إليهم هذه الأموال بطريق الميراث إذا تحققت وفاة الغائب فعلا أو حكماً[١] .

المطلب الثانى

أحوال الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة

٤٣٠ — نص قانونى : تنص المادة ٧٣١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تجوز الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية » :

« ١ — إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين نظاره ، أو نزاع من أشخاص يدعون حق النظر عليه ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر ، وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق . وتنتهى الحراسة فى هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف ، سواء أكان بصفة موقتة أم كان بصفة نهائية » .

« ٢ — إذا كان الوقف مديناً » .

« ٣ — إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً ، وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة موقتة ، وإلا فعلى الوقف كله . ويشترط أن تكون الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته »[٢] .

---

(١) مصر مستعجل ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٢١٣ ص ٥٠٩ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٤١ ص ٢٢٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وتجوز الحراسة على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية : ١ — إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين النظار على الوقف أو من أشخاص يدعون حق النظر ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر ، كل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق . ٢ — إذا كان الوقف مدينا ، أو كان أحد المستحقين معسراً ، وكانت الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية بسيطة ، وتحدد أن الحراسة =

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها فى عهد هذا التقنين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٧ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣١ — ولامقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ، ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى(١) .

٤٣١ — أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة تطبيق للقواعد العامة وليست مذكورة على سبيل الحصر : وقد أفرد للحراسة على الأموال الموقوفة نص خاص ، ليس لأنه يراد حصر الأحوال التى تجوز فيها الحراسة

= تكون فى هذه الأحوال حراسة قضائية ، وأصبح رقم النص ٧٦٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على فرض الحراسة على الوقف إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً ، لأنها تضر باقى المستحقين . فأجيب على هذا الاعتراض بأن الحكم ليس إلا تقنيناً لما جرت عليه المحاكم المصرية وطنيةومختلطة بناء على أن الحراسة فى هذه الحالة لا يلجأ إليها إلا اذا كانت هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته . وكانت هناك فكرة ترمى إلى قصر تطبيق هذا النص على الحالة التى تكون فيها حصة المستحق المعسر مفرزة بقسمة مهايأة حتى لا يضار باقى المستحقين ، ولكن رؤى العدول عن هذه الفكرة ، من جهة لأن العدالة تقتضى التيسير لأصحاب الحقوق فى اقتضاء حقوقهم ، ومن الجهة الثانية لأن فى أحكام المشروع الخاصة بتنظيم الرقابة على أعمال الحراس ما يكفل منع الضرر عن باقى المستحقين فى حالة وضع الوقف كله تحت الحراسة . وانتهى الرأى فى اللجنة إلى قصر الفقرة الثانية على الحالة التى يكون فيها الوقف مديناً ، وإلى إفراد الحالة التى يكون فيها أحد المستحقين مديناً معسراً بفقرة ثالثة أضيفت إلى النص وقد تضمنت تفصيلا لم يكن وارداً فى النص المقدم من الحكومة ، فجاء فيها أن الحراسة تقع على حصة المستحق المعسر وحده إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعلى الوقف كله رعاية لحق الدائن ، وأصبح النص على هذا الوجه مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٣١ — ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨١ — ص ٢٨٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٧ (موافق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل ولكن النص تطبيق للقواعد العامة فى الحراسة فيمكن العمل به فى لبنان .

على هذه الأموال ، بل لأن قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة قبل إلغاء الوقف الأهلى بلغت من الكثرة حداً جعل لها مكاناً ملحوظاً فى نظام الحراسة . فروئى أن يوضع لها نص خاص يتناول أهم أحوالها ، حتى يستقر القضاء فى شأنها . وليس هذا النص إلا تطبيقاً واضحاً للقاعدة العامة المقررة فى الحراسة ، والتى تقضى بأنه حيث يقوم خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه ، وهو هنا ناظر الوقف ، جاز وضع هذا المال تحت الحراسة . فالمادة ٧٣١ مدنى ليست إذن إلا مجرد تطبيق للفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى ، وقد رأينا أن هذا النص الأخير يقضى بفرض الحراسة « إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه » . ولم تتناول المادة ٧٣١ مدنى أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة على سبيل الحصر ، بل ذكرت أهم الأحوال التى تقع فى العمل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « بلغت قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة عدداً لا يحصى ، فاقتضى الأمر وضع نص خاص بها حتى ينتظم شأنها ولا يقع فى أمرها تردد . وأكثر ما يكون طلب الحراسة على الوقف إما لخلوه من ناظر أو لقيام نزاع فى شأن نظارته ، وإما لمديونية الوقف ، أو لمديونية أحد المستحقين فيه»(١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٣ – وقد حسم نص المادة ٧٣١ مدنى الخلاف الذى كان موجوداً فى عهد التقنين المدنى القديم فى جواز الحراسة على الأموال الموقوفة . فكان رأى يذهب إلى عدم الجواز إطلاقاً ، لأن فى تعيين حارس على الوقف معنى عزل الناظر وهو ما يخرج عن اختصاص المحاكم المدنية ، وإذا كان هناك خطر من استمرار الوقف بيد الناظر فإن المحاكم الشرعية يدخل فى اختصاصها أن تعين ناظراً موقتاً إلى أن يعين الناظر النهائى ، وقد نصت المادة ٣٥٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) على أنه « فى حالتى الحكم بعزل ناظر وقف أو ضم ناظر إليه ، يجب مؤقتاً إقامة ناظر أو ضم ناظر آخر إلى أن يفصل فى الخصومة نهائياً ويتقرر الناظر بالطريق الشرعى » ، وكذلك نصت المادة ٥٣ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على أن « لمحكمة التصرفات عند إحالة الناظر عليها أو أثناء النظر فى موضوع العزل – بعد تمكين الناظر من إبداء دفاعه – أن تقيم على الوقف ناظراً مؤقتاً يقوم بإدارته إلى أن يفصل فى أمر العزل نهائياً » (انظر فى هذا الرأى : استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٢٧ – ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٨ – ٢١ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٨ – ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ – ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٨ – ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص٢٣٦ – ٩ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص٢٦٢ – طنطا الكلية ٢٥ أكتوبر =

= سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٤٣ ص ١٢٢ – مصر ١٢ سبتمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٥٥ ص ٤٩ – أول أغسطس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥٥ ص ٣٥١) – وكان رأى ثان يذهب إلى الجواز فى حالات معينة ، ولكن اختلف فى تحديد هذه الحالات . ففريق يرى قصر الحراسة القضائية على حالة النزاع فى استرداد يد الناظر أو رفعها (استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٢ – ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ – مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤٠ ص ٧٠١ – ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦١ ص ٢١٧ – طنطا الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤ ص ٨١ – بنى سويف الجزئية ٣ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١٠٤١) ، أما النزاع المقصود به محاسبة الناظر أو مطالبته بما يظهر فى ذمته فلا يكون سبباً للحراسة ، ولا يكون سبباً لها وجود دين على الوقف أو على المستحقين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠ – استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٤٨٨ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣) . وفريق آخر يرى أن الحراسة تجوز لنزاع على إدارة الوقف ، لا لدين على الوقف أو على أحد المستحقين (استئناف مصر ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٢ ص ٥٤٥ – استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ – ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٣٧) – وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد ، إلى أن الحراسة تجوز فى جميع الأحوال التى يقوم فيها خطر عاجل ، سواء قام نزاع على إدارة الوقف أو كان هناك دين على الوقف أو أعسر أحد المستحقين (محمد على رشدى فقرة ٢٤٥ – محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٢ فى الهامش – وقارن عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٠ – فقرة ١٦٣ – وانظر فى هذه الأراء المختلفة عبد الحكيم فراج فقرة ١٥١ – فقرة ١٦٣ – وقد أقرت محكمة النقض جواز وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة ، فقضت بأنه لا يوجد فى القانون ما يمنع إقامة حارس قضائى على الأعيان الموقوفة ، فإن الحراسة إنما هى من الإجراءات الوقتية التى تقتضيها الضرورة عند قيام الخصومة أمام المحاكم ، وهى لا تمس حقوق المتخاصمين إلا ريثما تنتهى الخصومة وتقرر حقوق المتخاصمين وتصفى تبعاتهم بالحكم الصادر فيها ، على أن الضرر الذى قد ينجم عنها لا يمس أصل الحق لأنه موقت ، وتضمينه موفور لمن تحمله (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ – وانظر فى معنى الرأى الثالث . استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٠ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٧ – ١٩ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٩٥ – ٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٣٣ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٩ – فاقوس ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٧ ص ٢٢٥ – مصر مستعجل ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٨ ص ٩١٤) .

وقد صدرت من القضاء الوطنى والمختلط ، فى عهد التقنين المدنى القديم ، أحكام عديدة فى جواز وضع الحراسة على الوقف : استئناف وطنى ٥ مايو سنة ١٨٩٠ الحقوق ١١ ص ٩ – ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٥ ص ٥٥ – استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ١٥١ ص ٢١٠ – مصر مستعجل ٢٣ يوليه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٨ ص ٩١٤ – ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٠٤ ص ٩٩٧ – ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٧ ص ١١١ – مصر استئنافى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٨٤ ص ١٨ – ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٥٥ ص ٩٠٥ – ٢٥ أكتوبر =

ويظهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أن الحالات المذكورة فى المادة ٧٣١ مدنى هى الحالات الغالبة ، فهى إذن ليست مذكورة على سبيل الحصر . ولايوجد ما يمنع من وضع الأموال الموقوفة تحت الحراسة القضائية فى غير الأحوال التى نصت عليها هذه المادة متى تجمعت أسباب معقولة يخشى معها من بقاء الأموال الموقوفة تحت يد ناظر الوقف تطبيقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٧٣٠ مدنى سالفة الذكر . فيجوز إذن لكل ذى مصلحة أن يطلب وضع الأموال الموقوفة تحت الحراسة القضائية ، إذا وقع نزاع فى صحة الوقف ، أو فى نفاذه فى حق الورثة أو فى حق الدائنين ، أو فى دخول أعيان مملوكة ضمن الأعيان الموقوفة ، أو فى أعيان الوقف كلها أو بعضها ، أو فى غير ذلك من الأمور[1] .

= سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٨ رقم ٣٤ ص ٨٨ - إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٤ ص ٧٥٩ - بنى سويف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٩ ص ١٧٤ - استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٩ - ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٧ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٦ - ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ - ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٨ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧ - ١٢ يونيه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٤٥ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ - ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٨ - ١١ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧ - ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩١ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤١ - ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٤ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٩ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٣ .

[1] انظر عكس ذلك وأن المادة ٧٣١ مدنى قد أوردت أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة على سبيل الحصر : عبد الحكيم فراج فقرة ١٥٨ - فقرة ١٥٩ - ومع ذلك فقد سلم بأنه يجوز الحراسة على الأموال الموقوفة إذا قام نزاع فى صحة الوقف بين الورثة الذين حرمهم الواقف وبين المستحقين فى الوقف ، أو بين هؤلاء المستحقين وبعض آخر إذا كان الرجوع إلى قواعد الميراث خيراً لهم ، أو إذا طعن الدائنون فى الوقف بالدعوى البولصية لصدوره إضراراً بحقوقهم ، ويبرر ذلك بأنه فى هذه الحالات « تكون أعيان الوقف عرضة للإهمال وريعها عرضة للضياع والتبديد ، ويكون الخطر كبيراً إذا طال أمد التقاضى ، لذلك نرى القضاء يجيز الحراسة فى مثل هذه الحالات حتى يقضى نهائياً فى النزاع » (عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٠ - ويشير إلى الأحكام الآتية : استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص٢٦٢ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣م ٤٦ ص ٧٧) . ويسلم أيضاً بجواز وضع الحراسة =

ونبحث الآن الفروض الثلاثة التى نصت عليها المادة ٧٣١ مدنى ، متوخين فيها الإيجاز بعد أن فقدت كثيراً من أهميتها بإلغاء الوقف الأهلى ،

= على الأموال الموقوفة إذا قام نزاع بين الغير والوقف على ملكية عين من أعيانه ، يدعيها ممثل الوقف ضمن أعيانه ، ويدعيها الغير ملكاً له (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٢) ، ويقول فى تبرير ذلك : « لا محل للاعتراض هنا على أن فى تعيين الحارس غلا ليد الناظر فى الإدارة ، كما أنه لا محل للقول بورود أحوال الحراسة على الوقف على سبيل الحصر ، لأن محل ذلك أن يكون الوقف غير متنازع فى ملكية أعيانه . أما إذا قام نزاع على ملكية الوقف ، أمكن تطبيق النص العام للحراسة الذى يقضى بجواز الحراسة إذا قام نزاع فى شأن منقول أو عقار أومجموع من المال » (عبد الحكيم فراج فقرة ١٦١ – قارن محمد على عرفة ص ٥٣٧) .

وانظر فى المعنى الذى نقول به من أن أحوال الحراسة على الأموال الموقوفة لم تذكر على سبيل الحصر : محمد على رشدى فقرة ٢٤٥ ص ٣٤٣ هامش ٢ – محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٣ فى الهامش .

والخصم فى دعوى الحراسة هو ناظر الوقف ، ويجوز لأى من المستحقين التدخل إذا اقتضت مصلحته ذلك (استئناف مختلط ٢٢ يونيه ١٩٣٢ م ٤٢ ص ٣٨٩ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٧ – محمد على رشدى فقرة ٢٤٤) – وانظر فى عدم جواز أن يكون طالب الحراسة هو الناظر وفى عدم جواز تعيينه حارساً : محمد على رشدى فقرة ٢٥١ .

وإذا استبدلت بعض أعيان الوقف انتقلت الحراسة من العقار القديم إلى العقار الجديد بحكم من القاضى (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٢ – ٥ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩١) – وإذا لم يحدد الحكم مهمة الحارس ، كانت سلطته فى الإدارة كناظر الوقف . فله أن يحدث بناء فى الوقف إذا كانت فيه مصلحة (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وللقاضى أن يرخص للحارس فى توزيع الحصة الموحدة على الخيرات (استئناف مختلط ٨ نوفبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٧) ، وفى تسليم كل مستحق استحقاقه إذا لم يكن فيه نزاع ، وفى تنفيذ الأحكام النهائية بتقرير نفقة موقتة للمستحق (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٥) ، وفى أخذ مبلغ من الريع يستعين به على أداء مأموريته (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٢) – وللحارس أن يطعن بالصورية فى عقود الإيجار التى صدرت من الناظر أومن حارس سابق ، ويأخذ الحارس الإذن فى التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات من القاضى الذى عينه حارساً لا من القاضى الشرعى (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٩) . وإقامة ناظر جديد لا يستتبع حتماً انتهاء الحراسة ، فقد يتواطأ الناظر القديم مع المستحقين على إقامة ناظر جديد بقصد إنهاء الحراسة (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٦) ، وقد يكون سبب الحراسة لا يتأثر بإقامة ناظر جديد كما إذا كان السبب راجعاً إلى عدم نفاذ الوقف فى حق الدائنين ، فتجب إعادة النظر كلما تغير الناظر للبحث فيما إذا جدت ظروف تقتضى رفع الحراسة أوإشراك الناظر الجديد مع الحارس (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٧) – انظر فى هذه المسائل : محمد على رشدى فقرة ٢٥٢ – فقرة ٢٥٥ – محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٦٠ – ص ٩٦٢ فى الهامش .

فأصبح مجال تطبيقها الآن محدوداً إلى مدى بعيد فى نطاق الوقف الخيرى ، وكانت قد بلغت من الكثرة فى الماضى حداً استدعى إفراد نص لها .

§ ١ – وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف

٤٣٢ – الحالات التى ترجع إلى هذا السبب : رأينا أن المادة ٧٣١ مدنى تعرض لهذه الحالات على الوجه الآتى : « إذا كان الوقف شاغراً ، أو قام نزاع بين نظاره ، أو نزاع بين أشخاص يدعون حق النظر عليه ، أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر . وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق . وتنتهى الحراسة فى هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف ، سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية » .

ويخلص من هذا النص أن هناك حالات ثلاثاً ترجع إلى نظارة الوقف ، ويمكن فيها فرض الحراسة القضائية .

أولا – إذا كان الوقف شاغراً أو قام نزاع بين أشخاص يدعون حق النظر عليه : ويشغر الوقف إذا عزل الناظر الذى تولى النظارة أو خرج من الأهلية أو استقال من النظارة أو مات ولم يكن هناك ناظر بعده ، أو قضى بضم ناظر آخر إليه قبل تعيين الناظر المضموم ، أو لم يكن هناك ناظر على الوقف أصلا منذ البداية . وقد يشغر الوقف ويبقى شاغراً مدة ما ، لقيام نزاع بين أشخاص متعددين كل يدعى حق النظر . ففى جميع الصور المتقدمة يكون الوقف دون ناظر يتولى إدارته ، فتجوز إقامة حارس عليه يديره مؤقتاً(١) ، حتى يتم تعيين ناظر دائم أو ناظر مؤقت ، وعند ذلك تنتهى مهمة الحارس وعليه أن يسلم أعيان الوقف للناظر الدائم أو المؤقت ليتولى إدارتها(٢) .

ثانيا – إذا كان على الوقف نظار متعددون ، وقام نزاع بينهم فى شأن

---

(١) ويعطى لكل مستحق نصيبه مادام غير متنازع فيه ، كما يعطى لمن حكم له بنفقة من المستحقين نفقته (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٢) مصر مستعجل ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٧ ص ١١١ – ويعود بوجه عام الوقف إلى إدارة الناظر ، إذا زالت الأسباب التى دعت إلى فرض الحراسة (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٩٥ – ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٥٧) .

إدارته أو فى تنفيذ شرط من الشروط المدونة بحجة الوقف أو فى غير ذلك من الأمور المعهود بها إليهم مجتمعين . فقد يؤدى هذا النزاع إلى شل حركة الإدارة وينجم عن ذلك قيام خطر عاجل ، ومن ثم يقتضى الأمر إقامة حارس يتولى الإدارة مؤقتاً حتى يفصل فى هذا النزاع[(1)] . وقد ينازع الناظر القائم شخص آخر يدعى حق النظر ، ويخشى مدعى حق النظر من بقاء أعيان الوقف تحت يد الناظر القائم خطراً عاجلا ، فيطلب تعيين حارس يتولى إدارة هذه الأعيان موقتاً ، حتى يفصل نهائياً فيمن له حق النظر[(2)] .

ثالثا — إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر : ويمكن فى هذه الحالة تعيين ناظر مؤقت يقوم بإدارة الوقف حتى يفصل فى دعوى العزل نهائياً[(3)] ، إما برفضها فيعود الناظر إلى إدارة الوقف وتنتهى مهمة الناظر المؤقت ، وإما بقبولها وبعزل الناظر فيبقى الناظر المؤقت بعد شغر الوقف إلى أن يعين ناظر دائم بدلا من الناظر المعزول . ولكن قد تستغرق مع ذلك إجراءات تعيين الناظر المؤقت مدة طويلة يبقى فى أثنائها الوقف فى يد الناظر المطلوب عزله ، وقد يخشى خطر عاجل من بقاء الوقف فى يده ، فيطلب ذو المصلحة إقامة حارس على الوقف يتولى إدارته موقتاً حتى يعين ناظر مؤقت أو ناظر دائم[(4)]. على أنه إذا ثبت أن بقاء الوقف تحت يد الناظر المطلوب عزله لاينجم عنه خطر عاجل[(5)] ، أو إذا ثبت أن دعوى العزل ليست جدية

---

(١) مصر مستعجل ٩ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٨ ص ٩٢ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٨٣٢ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٣ .

(٣) انظر م ٤٥٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم ٥٣ من قانون أحكام الوقف .

(٤) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٢ — ومن أمثلة سوء الإدارة ، الذى يستوجب عزل الناظر مع إقامة حارس فى أثناء إجراءات العزل ، ترك الناظر مبانى الوقف تتداعى دون أن يصلحها مع وجود غلة فى يده تمكنه من ذلك ، أو تأخره فى الوفاء بالأموال الأميرية أو بالديون المستحقة ، أوإهماله زراعة الأرض مع عدم تأجيرها ، أوإيجاره أعيان الوقف لأشخاص غير مأمونين واقتسامه الأجرة معهم ، أوإهماله المطالبة بحقوق الوقف ، أوتلاعب فى الإيرادات والمصروفات (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٧ — ١٢ يونيه سنة ١٩١٩ م ٣٠ ص ٣٤٥ — محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٧ فى الهامش) .

(٥) فلا يكفى لإقامة حارس أن يكون الناظر قد سبق عزله من وقف آخر لمخالفته لشروط الوقف ، إذا لم يكن هناك تعارض بين هذه المخالفة وبين الإدارة الحسنة ، كما إذا بنيت المخالفة =

وقد رفعت خدمة لقضية الحراسة ، فإن طلب إقامة حارس على الوقف لا يكون له محل ويتعين رفضه[١] . وعلى العكس من ذلك قد يخشى من بقاء الوقف تحت يد الناظر حتى قبل رفع الدعوى بعزله ، فلايوجد فى هذه الحالة ما يمنع من الالتجاء إلى القضاء المستعجل لتعيين حارس على الوقف يتولى إدارته موقتاً حتى ترفع دعوى العزل ويفصل فيها على النحو الذى تقدم بيانه[٢] .

٤٣٣ — إثبات أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق : وفى جميع الصور التى قدمناها يجب على طالب الحراسة أن يثبت أن هناك خطراً عاجلا من بقاء الوقف شاغراً ، أو من بقائه تحت يد الناظر القائم ، أو من قيام النزاع بين نظاره المتعددين ، وهذا هو الشرط الواجب توافره فى جميع دعاوى الحراسة على ما سبق بيانه . وقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط كما رأينا فقال : « وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لابد منـه للمحافظـة على ما قـد يكون لذوى الشأن من الحقوق »[٣] . فإذا تبين أن الحراسة إجراء غير ضرورى ، كما إذا كان الوقف شاغراً ولكن أعيانه أراض زراعية موجرة لمدد طويلة وتعيين ناظر دائم أو ناظر مؤقت أمر وشيك ، أو كان الناظر القائم يؤمن على الأعيان الموقوفة إلى

= على تأجير أعيان الوقف لأجنبى مما يتعارض مع شروط الواقف (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٦ ص ٢٠١) .

(١) محمد على رشدى فقرة ٢٤٥ ص ٣٤٤ هامش ٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأنه لا يجوز تعيين حارس إلا إذا كانت دعوى العزل قد رفعت ، بناء على أن الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٧٣١ مدنى مذكورة على سبيل الحصر : عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٤ .

وانظر فى الحراسة للنزاع على الاستحقاق ، ولاختلاف النظار على الإدارة ، وللنزاع على ملكية أعيان الوقف : محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٨ — ص ٩٦٠ فى الهامش .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فى الحالة الأولى يتقدم كل ذى شأن فى الوقف أو فى نظارته يطلب وضع الوقف تحت الحراسة إلى أن يتم تعيين ناظر له ، أو يفصل فى الخلاف بين النظار أو مدعى النظر على الوقف ، أو يستبدل بالناظر المطلوب عزله فيه غيره . ويشترط فى طلب الحراسة أن يكون الإجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون للطالب من حقوق » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٣) .

أن يفصل فى أمر النزاع فى شأن نظارته ، فلا محل لتعيين حارس[١] . ويبقى الوقف شاغراً إلى أن يعين له ناظر دائم أوناظر مؤقت ، أويبقى ناظر الوقف قائماً إلى أن يبت فى أمره ببقائه أوبتعيين ناظر مؤقت أوناظر دائم مكانه .

٤٣٤ — ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى : بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ يقضى بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات . فنصت المادة الأولى منه على أنه « لايجوز الوقف على غير الخيرات » . ونصت المادة الثانية على أن « يعتبر منتهياً كل وقف لايكون مصرفه فى الحال خالصاً لجهة من جهات البر . فإذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر ، اعتبر الوقف منتهياً فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات . ويتبع فى تقدير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة ٤١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ، إلا بالنسبة إلى غلة الأطيان الزراعية فتكون غلتها هى القيمة الإيجارية حسبما هى مقدرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى» . ونصت المادة الثالثة على أن « يصبح ما ينتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة السابقة ملكاً للواقف إن كان حياً وكان له حق الرجوع فيه . فإن لم يكن ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق . وإن كان

---

(١) وقد قضى بأنه إذا كانت إدارة الناظر نافعة فلا محل للحراسة ، حتى لو نازع المستحقون فيها ، فلا يجوز وضع أعيان وقف تحت الحراسة لمجرد كون الناظر أنفق مبالغ على إصلاح أعيانه ، حتى لو نازع المستحقون فى ذلك وطلبوا عزله من المحكمة المختصة (استئناف مصر ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٥٤٥) . وقضى بوجوب توافر الظروف الملجئة ، لانتزاع الإدارة من يد المتولى على الوقف وتركيزها فى يد خلافه (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٨ ص ٧٢٠) . وللقاضى بحث مستندات الطرفين وتحقيق دفاعهما ، والاطلاع على عقود الإيجار وكشوف الحسابات ومستندات المصروفات وتقرير الخبراء وأوراق الدعاوى التى رفعها الناظر للمطالبة بحقوق الوقف وأوراق التنفيذ الخاصة بالأحكام الصادرة فيها ، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هناك ضرورة تقضى بالتحفظ على أعيان الوقف بإقامة حارس عليها (محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٨ فى الهامش) .

الوقف مرتب الطبقات ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين والذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله فى الاستحقاق . ويتبع فى تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها فى المواد ٣٦ و٣٧ و٣٨ و٣٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر » . ونصت المادة الخامسة[1] على أن « تسرى القواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة على أموال البدل المودعة خزائن المحاكم ، وعلى ما يكون محتجزاً من صافى ريع الوقف لأغراض العمارة أو الإصلاح — وتسلم هذه الأموال وكذا الأعيان التى كانت موقوفة إلى مستحقها بناء على طلب أى منهم ، وتكون صفته المستحقة السابقة ونصيبه فى الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبته بالتسليم — وإذا كان فى العين حصة موقوفة للخيرات ، اشترك ناظر الوقف مع باقى الملاك فى تسليم العين — وإلى أن يتم تسلم هذه الأعيان ، تبقى تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الحارس ، وتسرى فى جميع الأحوال أحكام الشيوع الواردة فى المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدنى مع مراعاة أحكام الفقرة السابقة » .

بقى الوقف على الخيرات . فهذا لم يلغ ، ولكن القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٤ اشترط أن يكون النظر عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه ، فإذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر لهذه الجمعية أو الهيئة . ولوزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، أن تطلب من المحكمة المختصة عزل الجمعية أو الهيئة عن النظر ، وبعزل أيهما يعود النظر للوزارة . وتقضى المادة الأولى من نفس القانون (رقم ٢٩٦ ١٩٥٤) بأنه إذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الريع ، أو كان على جهة بر خاصة كدار ضيافة أو لفقراء الأسرة ، جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر إلى أحد أفراد أسرة الواقف ، ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد .

ويتبين من هذه النصوص أن الوقف الأهلى لم يعد جائزاً ، وأن الأوقاف الأهلية السابقة قد اعتبرت جميعها منتهية . وقد أصبحت الأوقاف الأهلية أموالا مملوكة ملكاً حراً للواقف أو للمستحقين على الوجه الذى بينته النصوص

---

(١) وقد أضيفت فقراتها الثلاث الأخيرة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ .

سالفة الذكر . فلم يعد إذن ، بالنسبة إلى الأوقاف الأهلية وهي تمثل الجزء الأكبر من الأعيان الموقوفة ، نظار وقف . ومن ثم لا يتصور الآن قيام نزاع على نظارة الوقف ، فليس ثمة وقف أهلي شاغر أونزاع بين نظار متعددين أو نزاع بين من يدعون حق النظر أوناظر وقف يطلب عزله : فزالت جميع هذه الأسباب التي كانت تستدعي في بعض الظروف ، قبل إلغاء الوقف الأهلي ، تعيين حارس على الأعيان الموقوفة على النحو الذي سبق بيانه . ولكن تخلف عن إلغاء الأوقاف الأهلية موقف دام بعض الوقت ، فقد رأينا المادة ٥ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلي تنص ، في شأن الأعيان التي كانت موقوفة وقفاً أهلياً ثم أصبحت مملوكة ووجب تسليمها لأصحابها ، على ما يأتي : « . . إلى أن يتم تسلم هذه الأعيان ، تبقى تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون له صفة الحارس ، وتسرى في جميع الأحوال أحكام الشيوع الواردة في المواد من ٨٢٥ إلى ٨٥٠ من القانون المدني . . » . فناظر الوقف السابق قد انقلب بحكم هذا النص حارساً على الأعيان التي كانت موقوفة ، يحفظها ويديرها موقتاً إلى أن يتم تسليمها لأصحابها[1] . وهذا الحارس القانوني يخضع لأحكام الحراسة القضائية . ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير أمين أو أساء الإدارة قبل أن تتم إجراءات تسليم الأعيان إلى أصحابها ، جاز طلب عزله واستبدال حارس قضائي به يدير الأعيان إلى أن يتم التسليم[2] . ولما كانت هذه الأعيان بعد أن انحل الوقف الأهلي قد أصبحت مملوكة على الشيوع لأصحابها ، فإن أحكام الشيوع (م ٨٢٥ — ٨٥٠ مدني) تسرى عليها ، ومن بين هذه الأحكام ما تقضي به المادة ٢/٨٢٨

(١) ولا يجوز أن يعمل ، من وقت أن انقلب حارساً ، إلا بهذه الصفة بعد أن زالت عنه صفة ناظر الوقف . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الطاعنة لم تخاصم في الدعوى بصفتها الشخصية ، كما أن صفتها كناظرة وقف قد زالت بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي أضفى عليها صفة الحراسة على الوقف ، وكان الحكم قد صدر عليها بهذه الصفة الأخيرة ، فإنه لا يقبل منها الطعن بصفتها الشخصية أو بصفتها ناظرة وقف ، ويكون الطعن مقبولا منها بصفتها حارساً على الوقف . (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥ — وانظر أيضا نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤١ ص ٨٣٥ — ٣ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١ ص ١٣) .

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٣ .

مدنى من أن لأغلبية الشركاء فى الشيوع أن تختار مديراً للإدارة . ولكن ذلك لايكون ، فيما نرى ، إلا بعد أن يتسلم الشركاء الأعيان من الحارس وهو ناظر الوقف السابق(١) . على أنه إذا حدث قبل تسلم الأعيان ما يستدعى استبدال حارس آخر بالحارس القانونى على الوجه الذى بيناه ، فإن القاضى يستأنس برأى الشركاء فى تعيين الحارس الجديد ، وبخاصة إذا رشحت الأغلبية شخصاً معيناً ليكون حارساً ولم يوجه إليه مطعن جدى من سائر الشركاء .

أما الوقف الخيرى فهو باق كما قدمنا ، ولكن نظارته تكون فى الأصل لوزارة الأوقاف أو للواقف ، إذ اشترط ذلك لنفسه . ويجوز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظارة للجمعية أو الهيئة التى هى بجهة البر ، أو إلى أحد أفراد أسرة الواقف إذا كان الوقف ضئيل القيمة أو كان على جهة بر خاصة . فيتصور إذن أن تقوم الحراسة القضائية على الوقف الخيرى فى الصور الآتية :

(١) إذا طلبت وزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، عزل الجمعية أو الهيئة التى كانت قد نزلت لها عن النظر ، وكانت الظروف تقتضى إقامة حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل . (٢) إذا طلبت وزارة الأوقاف ، لسبب موجب للعزل ، عزل الناظر الذى كانت قد نزلت له عن النظر من بين أفراد أسرة الواقف ، واستدعت الظروف إقامة حارس قضائى حتى يبت فى طلب العزل . (٣) إذا ثبت على وزارة الأوقاف نفسها ما يستوجب عزلها عن نظارة الوقف الخيرى ، فإنه يجوز تعيين حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل إذا استدعت الظروف ذلك(٢) . (٤) إذا كان الوقف الخيرى حصة شائعة فى عقار(٣) فأصبحت وزارة الأوقاف ناظرة عليه ، وقام خلاف

---

(١) قارن محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٣ .

(٢) وقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من مشروع قانون الوقف تنص على ما يأتى : « وإذا كان النظر على الوقف لوزارة الأوقاف أو للأوقاف الملكية ، فلا يجوز تعيين حارس على هذا الوقف » . وقد حذف هذا النص فى لجنة العدل بمجلس الشيوخ ، وصدر القانون خلواً منه ، فجاز إذن قيام الحراسة القضائية حتى لو كان النظر لوزارة الأوقاف (محمد على رشدى ص ٣٤١ هامش ١) .

(٣) وقد رأينا أن هذا يتحقق إذا كان الواقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الريع إلى غير جهات البر ، فيعتبر الوقف منتهياً فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات (م٢ من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف الأهلى) .

بينها وبين الشركاء فى الشيوع على الإدارة ، فقد تقتضى الظروف إقامة حارس على العقار جميعه للمحافظة على حقوق الوقف الخيرى[1] .

§ ٢ – وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف

٤٣٥ – متى توضع الحراسة بسبب مديونية الوقف : قد يستدين ناظر الوقف للصرف على تعمير الوقف وإصلاحه وإدارته ، فيصبح الوقف مديناً . ولما كان لايجوز للدائن أن ينفذ على أعيان الوقف ، فلا يبقى أمامه إلا أن ينفذ على غلته ، فيحجز على المحصولات أو تحت أيدى المستأجرين . فإذا كان ناظر الوقف بتصرفاته قد أضعف إضعافاً شديداً الوسائل التى يستطيع بها الدائن اقتضاء حقه ، فقام خطر عاجل يبرر فرض الحراسة على أعيان الوقف ، جاز للدائن أن يطلب إقامة حارس على الوقف . وقد صرحت بذلك المادة ٧٣١ مدنى فيما رأينا ، إذ أجازت الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة « إذا كان الوقف مديناً » .

ويمكن إذن تصور فرض الحراسة على الوقف المدين فى الحالتين الآتيتين[2] :

أولا – إذا تعمد الناظر أن يضيع على الدائن حقه ، كما إذا بدد المحصول ، أو تواطأ مع مستأجرى أعيان الوقف المحجوز تحت أيديهم على الأجرة فدفعهم إلى التقرير كذباً بعدم المديونية أو أعطاهم مخالصة بالأجرة وجعل تاريخها سابقاً على الحجز ، فلم يتمكن الدائن بسبب ذلك من الحصول على حقه .

ثانيا – إذا أساء الناظر الإدارة ، فأهمل مثلا فى زراعة أرض الوقف فلم يف المحصول بالدين ، أو تأخر فى دفع الأموال الأميرية فحجزت الإدارة على المحصول ولم يبق للدائن ما يستوفى به حقه[3] .

---

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٥ .

(٢) انظر محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ فى الهامش .

(٣) وقد يكون الدين على الواقف نفسه ، فيقف المدين ماله إضراراً بدائنه ، ويجوز عندئذ للدائن الطعن فى الوقف بالدعوى البولصية ، وفى أثناء إجراءات الدعوى التى قد تطول يجوز له طلب وضع الوقف تحت الحراسة إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء العين تحت يد الناظر ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤٣١ – وانظر محمد على راتب فقرة ٣٨١ ص ٩٥٣ – ص ٩٥٤ فى الهامش) .

٤٣٦ — يشترط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين : وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣١ مدنى يدمج فرض مديونية الوقف مع فرض مديونية المستحق فى عبارة واحدة ، فيجيز الحراسة على الأموال الموقوفة « إذا كان الوقف المدين ، أو كان أحد المستحقين معسراً ، وكانت الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته » . فكان شرط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين منصباً على حاجتى مديونية الوقف ومديونية المستحق . ولما انفصلت الحالتان إحداهما عن الأخرى فى فقرتين مستقلتين ، فى لجنة مجلس الشيوخ ، أغفل سهواً استبقاء الشرط فى حالة مديونية الوقف ، وبقى الشرط مذكوراً فى حالة مديونية المستحق وانصرفت عبارة « فى الحالين » إلى حالة وضع الحراسة على حصة المدين المعسر مفرزة ووضعها على الوقف كله[1] .

والصحيح أن الشرط واجب فى حالة مديونية الوقف وجوبه فى حالة مديونية المستحق ، وإذا فات ذكره صراحة فى حالة مديونية الوقف فهو يستخلص من القواعد العامة المقررة فى دعاوى الحراسة . فيجب أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لحصول دائن الوقف على حقه . فإذا فاته الحجز تحت أيدى المستأجرين ولكن أمكن أن يستوفى حقه من الحجز على المحصولات ، أو بدد الناظر المحصولات ولكن أمكن الدائن أن يحجز تحت أيدى المستأجرين فيستوفى حقه ، فلا محل عند ذلك لفرض الحراسة على أعيان الوقف[2] .

٤٣٧ — ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى : قدمنا أن الوقف الأهلى قد ألغى ، ولكن الوقف الخيرى بقى قائماً .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٣٠ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٢ — ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٥٧ — إسكندرية مستعجل ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٧٥٩ — محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ فى الهامش .

فنى الوقف الخيرى يبقى إذن حق دائن الوقف فى طلب الحراسة على الأعيان الموقوفة على ما هو عليه ، ويبقى ما قررناه فى هذا الشأن صحيحاً منطبقاً على الوقف الخيرى .

أما الوقف الأهلى فقد أصبح ملكاً حراً كما سبق القول . ولكن لما كان دائن الوقف لم يتعلق حقه إلا بغلة الوقف دون أعيانه ، فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ يضيف مادة جديدة إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلى هى المادة ٥ مكررة ، وقد جاء فى إحدى فقراتها ما يأتى : « ويجوز لمن كانوا دائنين للوقف ذاته أن ينفذوا بحقوقهم على ريع أعيانه ويتقدمون فى ذلك على دائنى الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان ، كما يكون لهم إذا شهروا حقوقهم خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذوا على ريع تلك الأعيان تحت أى يد كانت » . فيكون إذن لدائن الوقف ، بعد أن انحل الوقف الأهلى ، أن ينفذ ، لا على الأعيان التى أصبحت حرة ، بل على ريع هذه الأعيان كما كان الأمر عند قيام الوقف الأهلى ، وبذلك يبقى دائن الوقف على حاله دون أن يسوء مركزه أو يتحسن . وله ، فى تنفيذه على الريع ، حق التقدم على دائنى الشخص الذى آلت إليه ملكية العين الموقوفة ، فإنه يجب اعتبار أن هذه الملكية قد آلت إليه مثقلة بالدين . وله أيضاً حق التتبع إذا انتقلت ملكية العين إلى أجنبى ، فقد انتقلت الملكية مثقلة بالدين ، ومن ثم ينفذ على الريع تحت يد من انتقلت إليه الملكية بشرط أن يشهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث . وبهذا ينقلب الحق الشخصى لدائن الوقف إلى حق عينى ، يقع على ريع العين دون ملكيتها . ولما كان حق الدائن مقصوراً على الريع ، فمن الجائز أن يتعمد المالك تفويت الدائن حقه ، أو يسىء الإدارة ، فيجوز عندئذ للدائن أن يطلب فرض الحراسة القضائية على العين ، التى أصبحت ملكاً ، فى نفس الحالتين اللتين كان يجوز له أن يطلب فيهما فرض الحراسة القضائية عندما كانت العين وقفاً .

§ ٣ – وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق

٤٣٨ – *متى توضع الحراسة بسبب مديونية المستحق* : وقد يكون المدين ليس هو الوقف ذاته ، بل أحد المستحقين فى الوقف . والأصل أن دائن هذا المستحق يستطيع أن ينفذ على أموال مدينه الشخصية ، ويدخل فيها استحقاقه فى الوقف . فيجوز للدائن إذن أن يحجز تحت يد ناظر الوقف على استحقاق مدينه لاستيفاء حقه . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما فى الحالة الثانية ، فالسبيل الطبيعى لحصول الدائنين على حقوقهم إنما هو توقيع الحجز تحت يد ناظر الوقف . لكن إذا كان الناظر سيئ الإدارة أو سيئ الذمة ، كانت للدائنين مصلحة فى أن يستبدلوا به غيره فى إدارة الوقف حتى يفيض من الغلة ما يفى بديونهم فى أقرب وقت . وكذلك إذا كان الناظر سيئ النية ، يخفى عن الدائنين حقيقة إيراد الوقف أو نصيب المستحق المدين ، فإن مصلحة الدائنين تقتضيهم أن يطلبوا وضع الوقف تحت يد حارس أمين يقوم بوفاء ديونهم من صافى غلة الوقف »(١) . ولذلك أجازت المادة ٧٣١ مدنى الحراسة القضائية على الأموال

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٣ .

فقد يستدين مستحق فى الوقف ، سواء كان الناظر نفسه أو غيره من المستحقين فيحجز الدائن تحت يد الناظر على استحقاق المدين ، فيتواطأ الناظر مع المستحق المدين ويقرر غشاً بعدم وجود استحقاق تحت يده أو لا يودع شيئاً ويستمر فى وفاء الاستحقاق إلى المستحق ، أو يكون الحجز عديم الفائدة لأن الناظر الذى وقع الحجز تحت يده هو نفس المستحق المدين . ولا يستطيع الدائن من جهة أخرى توقيع الحجز التنفيذى على زراعة الوقف لأنها غير مملوكة للمستحق المدين ، ولا توقيع الحجز تحت يد مستأجرى الوقف لأن هؤلاء مدينون للوقف لا للمستحق المدين (انظر فى كل ذلك وفى أحكام القضاء فى هذا الشأن محمد على راتب فقرة ٣٨٢ ص ٩٥٤ – ص ٩٥٥ فى الهامش) – وقد قضت محكمة النقض بأن تعيين حارس قضائى على أعيان وقف هو الوسيلة الوحيدة لتنفيذ حكم بدين على ناظر الوقف الذى لا مال ظاهراً له سوى حصته التى يستحقها فى ريع هذا الوقف ، لأن الحجز تحت يد الناظر نفسه غير مفيد ، والحجز التنفيذى المباشر على غلة الوقف غير جائز لا هو ولا الحجز تحت يد مستأجرى أعيانه . ومادامت هذه الوسيلة متعلقة بالتنفيذ وهى وسيلة مستعجلة ، فهى بمقتضى نص المادة ٢٨ مرافعات (قديم) مما يدخل فى اختصاص قاضى المواد المستعجلة ، ولا يسلبه الاختصاص الادعاء لديه بأن الاستحقاق فى الوقف قد آل إلى شخص غير المدين متى كانت هذه الأيلولة متنازعاً فى صحتها (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨) .

الموقوفة « إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً » .[1] والمقصود بالمدين المعسر هنا ألا يكون للمستحق ، غير استحقاقه فى الوقف ، مال يفى بالدين . فإذا كان له مال غير استحقاقه فى الوقف يكفى لوفاء الدين ، لم يكن هناك مقتض لفرض الحراسة على الوقف . أما إذا لم يكن له مال غير استحقاقه فى الوقف ، أو كان له مال ولكنه لا يكفى لوفاء الدين ، فإن الحراسة على الوقف تكون جائزة حتى يتمكن الدائن من استيفاء حقه كاملا ، حتى لو لم يكن المدين معسراً إذا أدخلنا فى الاعتبار استحقاقه فى الوقف بأن كان ماله — داخلا فيه استحقاقه فى الوقف — يكفى لوفاء ديونه . فالإعسار هنا له معنى خاص ، هو أن يكون مال المستحق الخارج عن استحقاقه فى الوقف لا يكفى لوفاء دينه[2] .

---

(١) وقد حسم هذا النص الخلاف الذى كان قائماً فى عهد التقنين المدنى القديم . فكانت بعض الأحكام ترفض وضع الحراسة على الوقف لمديونية أحد المستحقين فيه (استئناف مصر ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٢١٦ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٧٢٠) . وبعضها يشترط أن يكون المستحق المدين هو ناظر الوقف نفسه ، ويجب فى هذه الحالة أن يبدأ الدائن بالحجز تحت يد الناظر المدين ، فإن لم يجد ذلك لجأ إلى الحراسة (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٢ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٦) ، وليس من الضرورى أن تبقى الحراسة حتى يستوفى الدائن كل حقه (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٧) . ولكن الرأى الغالب كان يجيز الحراسة على الوقف لمديونية أحد المستحقين ، وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض وكثير من أحكام محكمة الاستئناف المختلطة (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ . أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٨٦ — استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٥ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٠ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٠ — ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ — ١٠ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٨ — ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٤ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٧) . وهذا الرأى الغالب هو الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد وقننه فى نصوصه (انظر محمد على رشدى فقرة ٢٤٦ — فقرة ٢٥٠) .

(٢) محمد على رشدى فقرة ٢٤٩ — وانظر عكس ذلك وأن المدين المعسر هو المدين الذى حكم بشهر إعساره : عبد الحكيم فراج فقرة ١٦٨ .

هذا وقد ينص كتاب الوقف على حرمان المستحق من استحقاقه إذا استدان ، وهذا الشرط صحيح ، وإذا استدان المستحق حرم من استحقاقه ، ومن ثم لا يجوز للدائن طلب وضع الحراسة على الوقف ، حتى لو اتفق المستحقون على عدم التمسك بهذا الحرمان (استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٧١ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٦ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٧ — مصر مستعجل ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ٩١١ — وانظر عكس =

٤٣٩ — يشترط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين : وتقول المادة ٧٣١ مدنى فى صدد وضع الحراسة على الأموال الموقوفة إذا كان أحد المستحقين مديناً معسراً : « وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة ، وإلا فعلى الوقف كله . ويشترط أن تكون الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أوسوء نيته » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد جرت الأحكام فى هذه الحالة على أن يكونوا (الدائنون) قد سلكوا السبيل الطبيعى مع ناظر الوقف للحصول على ديونهم ، فلم يجد ذلك السبيل فتيلا ، حتى تبدو الحراسة للمحكمة أنها الوسيلة الوحيدة لحصول الدائنين على حقوقهم ، فتحكم بها »[1] .

فيجب إذن أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين . فلو كان للمستحق المدين مال غير استحقاقه فى الوقف يكفى لوفاء الدين ، لم يجز وضع الوقف تحت الحراسة ، حتى لو كان الناظر سيئ النية أو سيئ الإدارة ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . ولو استطاع الدائن الحجز تحت يد الناظر على استحقاق مدينه ، وكان ماحجر عليه كافياً لوفاء الدين ، لما جاز هنا أيضاً العدول عن هذا الطريق الطبيعى لاقتضاء الدائن حقه إلى طريق استثنائى هو فرض الحراسة على الوقف ، وهو طريق لايجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة القصوى[2] .

= ذلك وأنه يجوز للمستحقين أن يتفقوا على عدم التمسك بالحرمان إسكندرية ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ١٠٨٧) . ولكن يجوز للدائن أن ينازع فى مدلول شرط الحرمان ، وله أن يثبت أن الناظر والمستحق قد تواطآ على استصدار حكم بالحرمان بغير حق إضراراً به (محمد على رشدى فقرة ٢٥٠) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤ .

(٢) نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨ — استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٢ — ولا يوجد ما يمنع من تعيين ناظر الوقف نفسه حارساً على نصيب المستحق المدين ، إذا ثبت أنه يودع هذا النصيب كاملا خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٥) ، إذ أن الواجب إيداعه خزانة المحكمة هو نصيب المستحق المدين وحده (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٢) .

ومتى قامت الضرورة لفرض الحراسة على الوقف على النحو المتقدم الذكر ، فإن الواجب أولا أن تفرز حصة المستحق المدين إذا أمكن ذلك ، ولو كان هذا عن طريق قسمة مؤقتة ، وفى هذه الحالة تفرض الحراسة على هذه الحصة وحدها[1] . فإذا لم يمكن فرز حصة المستحق ، ولو عن طريق القسمة المؤقتة ، لم يكن هناك مناص من وضع الوقف كله تحت الحراسة ، ويتولى الحارس إدارته بدلا من الناظر سيئ النية أو سيئ الإدارة ، ويفى المستحقين فى الوقف استحقاقهم ، ويعطى استحقاق المستحق المدين لدائنه بمقدار ما يفى بالدين . ويتحمل المستحق المدين وحده ، دون سائر المستحقين ، مصروفات الحراسة[2] .

٤٤٠ — ماذا صار إليه وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق بعد إلغاء الوقف الأهلى : فى الوقف الخيرى الذى بقى قائماً لامحل لوضع الحراسة ، لأن هذا الوقف ليس فيه مستحقون ، بل هو مرصد لجهة بر وهذه لاتستدين ، والذى يستدين هو الوقف نفسه .

أما الوقف الأهلى فكان مقتضى إلغائه أن المستحق المدين ، بعد أن أصبح مالكاً لحصته فى الوقف ، يكون معرضاً لتنفيذ دائنه عليها لا فى الريع فحسب بل فى الملكية ذاتها . ولم يكن للدائن هذا الحق عندما كانت العين موقوفة . وبذلك انقلب حل الوقف وبالا على المستحق ، بعد أن كان المقصود به رعايته . وقد استدعى ذلك صدور المرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ يضيف إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بحل الوقف الأهلى مادة جديدة هى المادة ٥ مكررة ، جاء فى فقرتها المتعلقة فيما نحن بصدده مايأتى : « لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابقة ، وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون . وكذلك تظل أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ ،

(١) حتى لو لم يؤخذ رأى الدائن فى القسمة مادام لم يثبت أن ريع الحصة المفرزة أقل من حصة المستحق المدين فى غلة الوقف (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٤٢ — ٢٢ يوليه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ .

الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين فى الأوقاف الأهلية إلا فى حدود معينة، سارية على ريع الأعيان التى ينتهى فيها الوقف ، وذلك بالنسبة إلى الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية هذه الأعيان طبقاً للمواد السابقة ، متى كانت الديون المحجوزة من أجلها أو المتنازل عنها سابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون — فإذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينه فى الوقف ضماناً لدينه ، فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه فى ريع تلك الأطيان وبنفس المرتبة التى كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان ، وذلك استيفاء لدينه فى الحدود المعينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ سالف الذكر ، ويبقى للدائن هذا الحق مادام مدينه على قيد الحياة » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ ما يأتى : « لوحظ أن المستحقين فى الأوقاف كانوا يتمتعون من قبل صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بحماية القانون ، سواء بالنسبة إلى أعيان الوقف إذ كان محظوراً على الدائنين اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها ، أوبالنسبة إلى غلة الوقف إذ قد نص القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ على عدم جواز الحجز عليها أو النزول عنها إلا فى حدود معينة . وقد ترتب على زوال صفة وقف حرمان المستحق من حماية القانون فى هاتين الناحيتين . ولما كان هذا الأمر يقتضى سرعة تدخل الشرع لحمايتهم ، وإلا انقلب التشريع أداة إضرار بهم ووسيلة لتمكين دائنيهم منهم بتخويلهم حقوقاً لم تكن لهم من قبل ، فقد رؤى لذلك إضافة حكم جديد يقضى باستمرار هذه الحماية . فنص على أنه لايجوز التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين يؤول إليهم ملكية أعيانه ، كما نص على استمرار أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين فى الأوقاف الأهلية بالنسبة إلى هؤلاء الأشخاص ، وهذا كله مشروط بكون الديون سابقة على تاريخ العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . والمقصود بكلمة الريع الواردة بالمشروع هو ثمرة العين ، سواء كانت أجرة أوغلة أوغير ذلك . وقد نص المشروع على حماية الدائنين الذين كانت حولت لهم استحقاقات مدينيهم فى الأوقاف ضماناً لديونهم ، فأبقيت لهم هذه الضمانات . فنص المشروع على أنه إذا كان الدائن

قد حول إليه استحقاق مدينه فى الوقف ضمانا لدينه ، فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقاً لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه فى ريع تلك الأعيان بنفس المرتبة التى كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان ، وذلك استيفاء لدينه فى الحدود المعينة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٤ ، ويبقى للدائن هذا الحق مادام مدينه على قيد الحياة » .

ويخلص مما تقدم أنه فى ديون المستحق يجب التميز بين الديون اللاحقة على تاريخ العمل بقانون حل الوقف الأهلى ، والديون السابقة على هذا القانون : فأصحاب الديون اللاحقة يستطيعون التنفيذ على الأعيان التى كانت موقوفة وأصبحت ملكاً لمدينهم دون قيد ، ومن ثم لايحتاجون فى الغالب إلى وضع هذه الأعيان تحت الحراسة ، وإذا احتاجوا إلى ذلك ففى الحدود التى يستطيع فيها أى دائن وضع أموال مدينه تحت الحراسة وقد تقدم بيان ذلك[1] ، أما أصحاب الديون السابقة ، فقد رأينا من النصوص سالفة الذكر أنهم لا يستطيعون التنفيذ على الأعيان ، ويقتصر حقهم على التنفيذ على ريعها فى الحدود التى كان يجوز فيها الحجز على الريع أو النزول عنه . ومن ثم تقوم الحاجة إلى وضع هذه الأعيان تحت الحراسة ، إذا عمد المدين إلى تبديد ريعها أو أساء إدارتها بحيث يعرض حق الدائن لخطر عاجل . فيكون للدائن فى هذه الحالة وضع الأعيان تحت الحراسة ، ويقوم الحارس بإدارتها وسداد الدين من ريعها ، متى كانت هذه هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائن بسبب سوء الإدارة أوسوء النية[2] .

المبحث الثانى

دعوى الحراسة القضائية وتعيين الحارس القضائى

§ ١ – الاختصاص فى دعوى الحراسة القضائية

٤٤١ — الولاية فى دعوى الحراسة القضائية : كانت الولاية (juidiction)

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٢ ويشير إلى حكم صدر من مصر مستعجل ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٦٩٧٧ سنة ١٩٥٣ .

فى دعوى الحراسة القضائية[١] تتنازعها جهات قضائية أربع : القضاء الوطنى والقضاء المختلط والقضاء الشرعى والقضاء الإدارى . وقد ألغى القضاء المختلط[٢] ، وأدمجت ولاية القضاء الشرعى فى ولاية القضاء الوطنى[٣] ، فأصبحت الولاية الآن تتنازعها جهتان قضائيتان : القضاء العام والقضاء الإدارى .

والقضاء العام هو الذى له الولاية فى الأصل فى دعوى الحراسة . ولكن هذا القضاء لا ولاية له فى إلغاء أمر إدارى أو فى وقفه أو فى تأويله[٤] . فإذا صدر أمر إدارى من جهة إدارية مختصة ، لم يكن للقضاء العام ولاية فى وقف تنفيذ هذا الأمر ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية ، إذ من شأن الحراسة أن تقف تنفيذ الأمر . والقضاء الإدارى وحده هو الذى له الولاية فى وقف تنفيذ الأمر الإدارى وفى إلغائه . ويخلص من ذلك أن القضاء العام لا يجوز له فرض الحراسة القضائية وتعيين حارس قضائى ، إذا كان ذلك من شأنه أن يعطل تنفيذ أمر إدارى . فإذا أعطت الإدارة أحد الأفراد ترخيصاً بالحفر والتنقيب عن الآثار فاكتشف مقبرة أثرية ، ثم أصدرت الإدارة أمراً بإلغاء الترخيص لمخالفة الشروط المدونة فيه ، فإن القضاء العام لا ولاية له فى تعيين حارس على المقبرة إذا وقع نزاع بين الإدارة والمرخص له فى الحفر

---

(١) ويسبق ذلك الاختصاص الدولى فى دعوى الحراسة ، وهو من مباحث القانون الدولى الخاص . انظر فى هذه المسألة عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٧ – فقرة ٣٤١ – محمد على راتب فقرة ٣١٣ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحراسة التى تقضى بها المحاكم المصرية على تركة لا تمتد إلى العقارات الموجودة بالخارج (استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٣) .

(٢) انظر فى ولاية القضاء المختلط فى دعاوى الحراسة عندما كان هذا القضاء قائماً : عبد الحكيم فراج الطبعة الأولى فقرة ٢٠٢ – فقرة ٢٢٣ .

(٣) انظر فى ولاية القضاء الشرعى (هيئة التصرفات) فى إقامة ناظر مؤقت على الوقف عندما كان هذا القضاء قائماً : عبد الحكيم فراج فقرة ٣١٣ – فقرة ٣١٥ – محمد على عرفة ص ٥٣٩ – ص ٥٤٢ .

(٤) كذلك لا ولاية له فى العقود الإدارية ، فلا يجوز أن يقيم حارساً قضائياً فى صدد نزاع يتعلق بعقد إدارى (محمد على راتب فقرة ٣١٤ ص ٨١٢ – ص ٨١٤ – محمد عبد اللطيف فقرة ٢٨) .

انتهى إلى أن استولت الإدارة على الحفائر لإتمام عملية الحفر بنفسها ، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة[١] .

ويتفرع على ذلك أن المرافق العامة التى تديرها الدولة إدارة مباشرة (Régie) ، كالسكك الحديدية والبريد والتلغراف والتليفون ، لاتجوز إقامة حارس قضائى عليها ، لأن ذلك من شأنه تعطيل تنفيذ الأوامر الإدارية التى تدار بها هذه المرافق[٢] .

أما إذا كان المرفق العام يدار بطريق الالتزام (concession) ، كما إذا أديرت مرافق النور والغاز والمياه والنقل عن طريق شركات خاصة ، فإن العلاقة بين الملتزم وعميل المرفق العام تكون علاقة مدنية ، ومن ثم يجوز للقضاء العام إقامة حارس قضائى على هذه الشركات إذا توافرت شروط الحراسة ، وليس فى إقامة الحراسة فى هذه الحالة ما يعطل تنفيذ الأوامر الإدارية ، إذ أن القرارات التى تصدرها هذه الشركات لإدارة المرافق العامة التى تلتزمها لاتعتبر أوامر إدارية ، بل هى قرارات خاصة تخضع خضوعاً كاملا لرقابة القضاء العام ، ولهذا القضاء الولاية فى إلغائها وفى وقف تنفيذها ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية[٣] .

٤٤٢ — عدم قيام الوظيفة الولائية فى دعوى الحراسة : وإذ تقرر أن القضاء العام هو الذى له فى الأصل الولاية فى دعوى الحراسة ولاتنعدم ولايته إلا إذا كان هناك أمر إدارى يكون من شأن الحراسة وقف تنفيذه ، فإن الوظيفة الولائية (juridiction gracieuse) لهذا القضاء لاتقوم فى دعوى

(١) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص٢٩٣ — عبد الحكيم فراج فقرة٣١٧— محمد على راتب فقرة ٣١٤ ص ٨١٤ هامش ٢ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩ .

(٢) فإذا امتنعت مصلحة التلفونات عن قبول اشتراك أحد الأفراد أو قطعت عنه المواصلة التلفونية ، لم يجز للقضاء العام تعيين حارس قضائى لإجراء المواصلة أو لإعادتها (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٠ — وقارن محمد على رشدى فقرة ٢٥٩ — استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦١) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٥ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠ — ويتفرع على ذلك أن أملاك الدولة الخاصة يجوز وضعها تحت الحراسة القضائية ، لأنها لا تدار بأوامر إدارية بل بقرارات تخضع خضوعاً تاما للقضاء العام لا للقضاء الإدارى (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٢٦) .

الحراسة ، بل الذى يقوم هو الوظيفة القضائية (juridiction contentieuse) . ذلك أن دعوى الحراسة هى دعوى قضائية ، وهى خصومة تنعقد عن طريق الإجراءات المعتادة للدعوى ، لاعن طريق الأمر على عريضة .

وليس فى نص المادة ٧٣٠ مدنى ما يتعارض مع ذلك ، فقد جاء فى صدر هذه المادة : « يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة » . والمقصود بالقضاء هنا المحكمة ، كما أن المقصود بعبارة « أن يأمر بالحراسة » هو « أن يحكم بالحراسة » . ويقطع فى أن القضاء بالحراسة هو حكم قضائى لا أمر على عريضة أن النص صريح ، سواء فى الحكم القاضى بالحراسة أو فى الحكم القاضى بانتهائها ، فى أن الذى يصدر هو حكم قضائى لا أمر على عريضة . فتنص المادة ٧٣٣ مدنى على أن « يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة » . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٨ مدنى على أن « تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء » . وقد كان نص التقنين المدنى القديم صريحاً أيضاً فى ذلك ، إذ كانت المادة ٤٩١/٦٠٠ من هذا التقنين تنص على أن « للمحكمة أن تعين حارساً أو حافظاً للأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت يد القضاء ، كما يجوز أن تعين لذلك أحد الأخصام المترافعين »[1] .

وإلى جانب النصوص التشريعية تقوم طبيعة الحراسة القضائية شاهداً على

---

(١) وقد جاء هذا النص فى التقنين المدنى القديم حاسماً للخلاف الذى كان موجوداً فى القانون الفرنسى ، إذ كان هناك رأى يذهب إلى جواز تعيين الحارس القضائى بأمر على عريضة (باريس ٢٥ أبريل سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ – ٢ – ٢٠٥ – كان ٢٠ نوفبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ – ٢ – ١٦٧) ، وذهب رأى آخر إلى تعيين الحارس القضائى بأمر على عريضة فى الحالات التى لا يوجد فيها نزاع (ليون ٢٦ نوفبر سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٢ – ٢ – ٨٨) . ولكن الرأى الذى رجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين هو أن يكون تعيين الحارس القضائى بحكم قضائى مسبب لا بأمر على عريضة (جيوار فقرة ١٧٩ – هيك فقرة ٢٧٨ – نقض فرنسى ٢٣ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ١ – ٢٥ – باريس ٦ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ٢ – ٢٧ – ٤ مايو سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٧ – ٢ – ١٥٩ – نانسى ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦ – ٢ – ٣١٣) .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن طلب تعيين الحارس القضائى وإن يكن من الأعمال التحفظية ، ولكن القانون نص على أنه من اختصاص المحكمة الفصل فيه (مصر الوطنية ٢ يوليه ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧١) . وانظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٣ – ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٨ – ١٣ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣٢ .

ما تقدم . فالحراسة القضائية إجراء قضائى بطبيعته ، يقتضى إعلان الخصوم للحضور فى جلسة علنية ومناقشتهم وسماع أقوال طالب الحراسة والخصم الموجه ضده هذا الإجراء . فليست الحراسة القضائية إجراء تحفظياً بحتاً كالحجز التحفظى ، ومهمة الحارس القضائى لاتقتصر على مجرد القيام بأعمال تحفظية بل تمتد إلى أعمال الإدارة وقد تجاوز ذلك إلى أعمال التصرف . والحراسة نزع للمال من تحت يد حائزه وتسليمه إلى الحارس يحفظه ويديره ، فهى إجراء خطير يقتضى سماع أقوال طرفى الخصومة فيه بعد إعلانهم للحضور ، ويصدر فيه حكم مسبب . ومن ثم وجب أن تتبع فيها الإجراءات المعتادة للدعوى ، لا إجراءات الأمر على عريضة حيث لاتسمع أقوال الخصوم ولا تعقد جلسة علنية ويكتفى بالعريضة التى يقدمها طالب الأمر لقاضى الأمور الوقتية . فيجب إذن رفع الدعوى بطلب الحراسة القضائية وفقاً للإجراءات المقررة فى رفع الدعاوى ، وذلك مالم ينص القانون صراحة على أن يكون ذلك بأمر على عريضة كما فعل فى المادة ٩٤١ مرافعات وهى تقول : « إلى أن يصدر القرار بتثبيت منفذ الوصية ، يجوز له أن يطلب من المحكمة أن تأمر على وجه الاستعجال بتسليمه أموال التركة باعتباره مديراً موقتاً . ويجوز له أن يطلب تسليمه هذه الأموال بالصفة المذكورة بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على عريضة ، إذا لم يكن طلب تثبيته قد رفع إلى المحكمة »[1] .

ووجوب أن يكون طلب الحراسة القضائية بطريق رفع الدعوى وانعقاد الخصومة القضائية ، لابطريق الأمر على عريضة ، هو المعمول به فى عهد التقنينين القديم والجديد[2] .

٤٤٣ — الاختصاص النوعى — القضاء المستعجل ومحكمة الموضوع : ومتى تقرر فى الحراسة القضائية وجوب رفع دعوى بطلبها ، فإن المحكمة المختصة اختصاصاً نوعياً بنظر هذه الدعوى هى إحدى محكمتين[3] :

أولا — القضاء المستعجل : وهو يقوم بوظيفة قضائية لابوظيفة ولائية ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد الحكيم فراج فقرة ٢٨٩ — فقرة ٢٩١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ .

ويسمع كلا من طرفى الخصومة يدلى بحججه معارضاً بها حجج الطرف الآخر ، ويصدر حكماً مسبباً يجوز الطعن فيه . ولما كانت الحراسة كما قدمنا إجراء موقتاً مستعجلا لا يمس أصل الحق ، وكان القضاء المستعجل هو الذى يختص بهذه الإجراءات الموقتة المستعجلة التى لا تمس أصل الحق ، لذلك كانت المحكمة المختصة اختصاصاً طبيعياً بنظر دعوى الحراسة هى محكمة القضاء المستعجل . فترفع هذه الدعوى فى الأصل إلى قاضى الأمور المستعجلة ، ولا يشترط فى ذلك أن تكون هناك دعوى موضوعية مرفوعة أمام محكمة الموضوع[1] ، بل يصح أن ترفع دعوى الحراسة قبل رفع دعوى الموضوع . وفى هذه الحالة لا يمكن أن ترفع دعوى الحراسة إلا أمام قاضى الأمور المستعجلة ، إذ لا يمكن رفعها أمام محكمة الموضوع قبل أن ترفع أمام هذه المحكمة الدعوى الموضوعية[2] .

وحتى بعد رفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع يجوز رفع دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل[3] ، بل إن اختصاص القضاء المستعجل

---

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١٢ – ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤ – كرموز ٢٢ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ٣٦ – طنطا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣٢ ص ٥٠ – مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ – محمد على عرفة ص ٥٢٦ .

(٢) ولقاضى الأمور المستعجلة فى هذه الحالة أن يحكم بالحراسة مع تعيين أجل لرفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع للفصل فى النزاع وإنهاء الحراسة تبعاً لذلك (استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٠ – مصر مستعجل ١٣ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٥٨ ص ٧٦٣ – محمد على عرفة ص ٥٢٦ – وانظر آنفاً فقرة ٤٠٥ فى الهامش) .

(٣) محمد حسن العشماوى فى قواعد المرافعات ١ فقرة ٥٦٩ ص ٤٠١ – محمد حامد فهمى فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٤٩ ص ١٥٨ – ص ١٥٩ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٠٥ – محمد على رشدى فقرة ١٧٢ ص ٢٥٠ – محمد على راتب فقرة ٥ وفقرة ٣١٦ – استئناف مختلط ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٧٢ ص ٢٣٢ – بنى سويف الكلية ٦ أبريل سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٨٦ ص ٢٧٣ – فاقوس ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٦٧ ص ٢٢٥ – مصر ١٦ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٨ ص ٤٠٣ – بنى سويف جزئى ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١١١ ص ١٨٣ – دكرنس ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٣٠ ص ٢٥ . السنطة ٢ يناير سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٤٧ ص ١٧ – نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ – ١ – ٥٨٢ .

وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن القضاء المستعجل لا يكون مختصاً إذا كانت الدعوى الموضوعية =

حتى فى هذه الحالة يبقى هو الأصل[1] كما يقضى صريح النص ، إذ تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ مرافعات وهى تتكلم عن الأمور التى يختص بها القضاء المستعجل : « على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه الأمور إذا رفعت لها بطريق التبعية » . فيكون الأصل إذن هو اختصاص القضاء المستعجل ، ويجوز أن يحل محله اختصاص محكمة الموضوع[2] .

= أمام محكمة الموضوع ، بل تكون هذه المحكمة الأخيرة وحدها هى المختصة (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٤٠ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٦ – ١٥ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٦ – ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤٣ – استئناف وطنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٧ ص ٤١ – طنطا ٩ أكتوبر سنة ١٨٩٣ القضاء ١ ص ٨٧ – جرجا ١٠ يوليه سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٣ ص ١٩٩ – منيا القمح ٨ أكتوبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٤٥ ص ٩١ – طنطا الجزئية ١٥ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٤ ص ٢٤ – طهطا ٢٩ يوليه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٠٤ ص ٨١٩ – ملوى ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة القضائية ٤٣ ص ٢٦ . لجنة المراقبة القضائية رقم ٥ فى ٦ فبراير سنة ١٨٩٧ ورقم ٦ فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٣٠ – نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ – ١ – ٢٩٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٦ ص ٤٦٧) .

وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم اختصاص القضاء المستعجل فى أثناء قيام الدعوى الموضوعية إلا فى حالة الاستعجال الشديد أو فى حالة ما إذا كانت القضية الموضوعية مؤجلة إلى جلسة بعيدة (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٧ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٤ – ١٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٧٩ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥ – ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٠ – ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ – ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ – السيدة زينب ١٠ يناير سنة ١٩٠١ – المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٢٤ – عابدين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢٠ – محمد على عرفة ص ٥٢٤) .

(١) فلا يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع إذا كان أصل النزاع مطروحاً أمام هذه المحكمة (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ – ١٩ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ – محمد عبد اللطيف فقرة ٦١٠) – ويحكم قاضى الأمور المستعجلة بحسب ظاهر المستندات دون أن يمس الموضوع (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٠) .

(٢) قارن محمد على رشدى فقرة ١٧٢ مكررة – وانظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات وقد ورد فيها ما يأتى : « وقد حرص المشروع على النص فى هذه المادة على أن اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بما عهد به لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً إذا ما رفع إليها بطريق التبعية ، أى أن رفع الدعوى بالموضوع إلى محكمة لا يمنع اختصاص القضاء المستعجل بالمسائل =

ثانيا — محكمة الموضوع : وهذه لاتكون مختصة بطبيعة الحال إلا إذا رفعت إليها أولا الدعوى الموضوعية ، فيجوز عندئذ رفع دعوى الحراسة بطريق التبعية . فإذا رفعت دعوى الاستحقاق أمام محكمة الموضوع ، جاز رفع دعوى الحراسة على العين المطالب بملكيتها أمام نفس المحكمة تبعاً للدعوى الموضوعية ، لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع[1] . وتنظر أمام محكمة الموضوع كدعوى مستعجلة بجميع الإجراءات التى تتطلبها الدعاوى المستعجلة[2] .

= المستعجلة المتعلقة بها ، كما أن اختصاص القضاء المستعجل لا يسلب محكمة الموضوع اختصاصها بالفصل فى مسألة مستعجلة ترفع إليها بطريق التبع للطلب الأصلى ، وهذا هو الرأى الذى ساد فى فقه القانون الحالى (القديم) وقضائه » .

هذا وإذا اتفق الطرفان على تعيين حارس يوضع تحت يده المال المتنازع عليه ، كان هذا الاتفاق صحيحاً ، ويجوز رفع الأمر إلى محكمة الموضوع لتعيين الحارس ، ولا يجوز رفع الأمر إلى قاضى الأمور المستعجلة إلا إذا توافر ركن الاستعجال (انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٠٦ — فقرة ٣٠٨) .

(١) مصر الوطنية ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٣ ص ٢٩ — وعلى ذلك يجوز لمحكمة الاستئناف المرفوع أمامها استئناف عن حكم محكمة الموضوع الابتدائية أن تقضى بتعيين حارس إذا دعت الضرورة لذلك (استئناف وطنى ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ١٣٩ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٨ ص ٦١ — ١٣ دلسمبر سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ رقم ٤٩ ص ٢٣٧ — استئناف أسيوط ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٣ — استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ — محمد على عرفة ص ٥٢٥ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٥٦ ص ٤٦٩) .

ولا يجوز للمحكمة الكلية أن تنظر دعوى الحراسة بعد الفصل فى موضوع الدعوى (قنا ١٢ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٠ ص ١٤٠) . ويكون المختص بنظر دعوى الحراسة فى هذه الحالة هى محكمة الاستئناف كما تقدم ، وكذلك قاضى الأمور المستعجلة (طنطا جزئى ١٥ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٤ ص ٢٤) . ولكن وقف السير فى الدعوى ليس معناه عدم وجود دعوى ، بل معناه أنها معطلة ولكنها قائمة . وعلى ذلك فلو كانت القضية الموضوعية موقوفة أمام محكمة الموضوع ، فهذا لايمنع اختصاص هذه المحكمة بدعوى الحراسة (طهطا ٢٩ يوليه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٠٤ ص ٨١٩) . وإذا وقفت القضية أمام محكمة الموضوع بسبب الطعن بالتزوير ، فهذا لا يمنع المحكمة من أن تكون مختصة بنظر دعوى الحراسة (استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٨٦ ص ٩٧٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٨٠ — ١٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٠٥ — ولكن قارن استئناف مصر ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٣٨ ص ١٠٥٨ (وقد قضت بأن طلب الحراسة المقدم لمحكمة الموضوع عملا بالمادة ٤٩١ من القانون =

ويخلص من ذلك أنه قبل رفع الدعوى الموضوعية لا يكون مختصاً بدعوى الحراسة سوى قاضي الأمور المستعجلة، وبعد رفع الدعوى الموضوعية يكون مختصاً بدعوى الحراسة كل من قاضي الأمور المستعجلة بطريق أصلي ومحكمة الموضوع بطريق التبعية . فإذا رفعت الدعوى أمام إحدى الجهتين ، امتنع رفعها ثانية أمام الجهة الأخرى . وهذا ما تقضي به المادة ٤٩ من تقنين المرافعات ، وهي المادة التي سبق ذكرها .

٤٤٤ — الاختصاص المحلي : وإذا رفعت دعوى الحراسة أمام قاضي الأمور المستعجلة ، فإن محكمة القضاء المستعجل التي تختص بنظر هذه الدعوى اختصاصاً محلياً هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أي المرفوع ضده دعوى الحراسة[1] ، أو المحكمة التي تقع الحراسة في دائرتها أي المحكمة التي يقع في دائرتها المال المطلوب وضع الحراسة عليه[2] . وتنص الفقرة

= المدني — القديم — لا يشترط فيه توافر ركن الاستعجال ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى مرفوعة طبقاً للمادة ٢٨ من قانون المرافعات — القديم — فلابد من توافره) .

(١) وإذا كان المدعى عليه يباشر تجارة أو حرفة ، جاز رفع الدعوى أيضاً أمام المحكمة التي يوجد فيها المكان الذي يباشر فيه تجارته أو حرفته ، فإن هذا المكان يعتبر أيضاً موطناً له (م ٤١ مدني) . وتنص المادة ٤٢ مدني على أن « ١ — موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً . ٢ — ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها ». وموطن الشخص الاعتباري هو « المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . والشركات التي يكون مركزها في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها ، بالنسبة إلى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية » (م ٢/٥٣ مرافعات) .

وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن أحدهم (م٢/٥٥ مرافعات) .

وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن ، فالاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها سكنه (م١/٥٥ مرافعات) .

(٢) أو المكان الذي يراد أن تجرى فيه أعمال الحفظ والصيانة أو الإدارة موضوع الحراسة القضائية (محمد علي راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٧) — وقد قضي بأنه إذا رفع وارث دعواه أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقارات الموروثة طالباً وضعها تحت الحراسة القضائية ، فدفع الورثة المدعى عليهم بعدم الاختصاص المحلي استناداً إلى أن المحكمة المختصة هي تلك الواقع بدائرتها محل افتتاح التركة عملاً بنص المادة ٢/٥٩ مرافعات ، كان الدفع في غير محله ، لأن المادة الواجبة التطبيق في هذا المقام هي المادة ١/٦٦ مرافعات التي تنص على أنه في الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ =

الأولى من المادة ٦٦ مرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « فى الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ إجراء وقتى يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء فى دائرتها[1] » .

وإذا رفعت دعوى الحراسة بطريق التبعية لدعوى الموضوع ، فإنها ترفع أمام محكمة الموضوع ، ولو كانت هذه المحكمة غير مختصة محلياً بنظرها فيما لو رفعت إليها مستقلة .

ولا تتعلق هذه القواعد بالنظام العام ، فجوز الاتفاق على ما يخالفها ، كما يجوز النزول عن التمسك بها صراحة أو ضمناً . ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها محلياً من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يتمسك المدعى عليه بعدم الاختصاص قبل إبداء سائر الدفوع الشكلية وقبل التكلم فى الموضوع ، وإلا اعتبر متنازلا عن الدفع[2] .

= إجراء وقتى يكون الاختصاص للمحكمة التى يتبعها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصوله الإجراء فى دائرتها . وهذا النص يسرى على جميع الدعاوى المتعلقة بالإجراءات الوقتية دون باقى النصوص التى تنظم قواعد الاختصاص المحلى ، وإذا تعارض معها فهو الواجب التطبيق دون سواه عملا بالقاعدة الأصولية التى تقضى بأنه إذا تعارض نص خاص ونص عام طبق الخاص دون العام (شبين الكوم الجزئية ٥ مارس سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضا ٤ ص ١٤٠) . وانظر محمد على راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٦ – ص ٨٤٧ فى الهامش : ويشير إلى إسكندرية مستعجل ١٥ نوفبر سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٤٠٩٩ سنة ١٩٥٤ (ترفع دعوى استبدال حارس معين على عقار بالإسكندرية أمام قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية ولو كان المدعى عليه غير متوطن فى دائرة اختصاصها) ، وإلى إسكندرية مستعجل ١٥ نوفبر سنة ١٩٥٤ قضية رقم ٤٢٩٦ سنة ١٩٥٤ (ترفع دعوى الحراسة على محل بالإسكندرية أمام قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية بالرغم من أن المدعى عليه يقيم بالقاهرة) .

(١) وقد حسم النص خلافاً كان قائماً فى عهد تقنين المرافعات القديم . وكان الرأى الراجح فى عهد هذا التقنين أن دعوى الحراسة التى ترفع تبعاً لنزاع مطروح أمام محكمة الموضوع يختص بنظرها قاضى الأمور المستعجلة الكائن فى دائرة محكمة الموضوع ، أما دعوى الحراسة التى ترفع مستقلة عند عدم طرح نزاع ما أمام محكمة الموضوع فكانت ترفع أمام قاضى الأمور المستعجلة فى المحكمة الكائن فى دائرتها الأعيان المطلوب وضعها تحت الحراسة إذا بنيت الحراسة على حق عينى ، أو أمام قاضى الأمور المستعجلة فى المحكمة الكائن فى دائرتها موطن المدعى عليه إذا بنيت على حق شخصى (محمد على راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٧ هامش ١) .

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٢٣ ص ٨٤٨ – محمد عبد اللطيف فقرة ٦١١ .

§ ٢ – الإجراءات والحكم فى دعوى الحراسة

٤٤٥ – إجراءات دعوى الحراسة : ترفع دعوى الحراسة بناء على طلب المدعي بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين (م ٦٩ مرافعات) . وإذا رفعت بطريقة تبعية لدعوى الموضوع ، جاز رفعها بالإجراء الذى ترفع به الطلبات العارضة . ويجب أن يبين فى صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها بالإيجاز (م ٧١ مرافعات)[١] . ويكون ميعاد الحضور أربعاً وعشرين ساعة ، ويجوز فى حالة الضرورة القصوى نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه (م ٧٣ مرافعات) . وعلى المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلنة أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بجدول المحكمة ، فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر . وللمدعى عليه أن يطلب قيد الدعوى يوم الجلسة نفسه بتقديم الصورة المعلنة له إذا لم يقيدها المدعى . وتقيد الدعوى فى الجلسة نفسها إذا كان التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة (م ٧٥ مرافعات) . ويجوز لرئيس الجلسة أن يأذن بقيد الدعوى فى يوم الجلسة نفسه ، إذا وجد لذلك مقتضياً (م ٧٦ مرافعات) . وإذا سبق دفع الرسم بأكمله قبل إعلان الصحيفة ، وجب على قلم المحضرين تسليم الأصل لقلم الكتاب بعد إعلانه ، وعلى قلم الكتاب إجراء القيد من تلقاء نفسه (م ٧٧ مرافعات)[٢] .

---

(١) ويجب أن تعين فى صحيفة الدعوى الأموال المطلوب وضعها تحت الحراسة ، وتجوز الإحالة فى هذا التعيين إلى عقد مضموم إلى ملف الدعوى (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٥ – ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٢ – ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٥ – ١٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٤٣ – ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٨) .

(٢) ويجوز أن يكون مدعياً فى دعوى الحراسة الشريك فى شركة المحاصة يطلب وضع الشركة تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٥) . وكذلك يجوز أن يكون مدعياً كل شخص يتقدم بادعاء الملكية ادعاء جدياً يطلب وضع العين تحت الحراسة (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٢) . والمدعى عليه فى دعوى الحراسة على الوقف هو الناظر دون المستحقين (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٧ – ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٥) . وكل من يدعى حقاً فى شيء يصح أن يكون مدعياً فى دعوى الحراسة (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٠) .

وتتبع بعد ذلك الإجراءات المقررة فى قانون المرافعات للدعاوى المستعجلة ، من حيث إيداع المستندات قلم الكتاب عند قيد الدعوى ، وتقديم المدعى عليه مستنداته فى جلسة المرافعة ذاتها ، وإعطاء المحكمة الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وحالة تغيب الخصم عن الحضور ، وما يثار أمام المحكمة من دفوع وطلبات ، وموقف القضاء المستعجل من الطلبات التى قد تستدعى سماع شهود أو ندب خبراء أو انتقال للمعاينة أو توجيه يمين حاسمة أو متممة أو الطعن بالتزوير أو الإنكار أو المطالبة بتقديم مستند لدى الغير ، إلى غير ذلك من الإجراءات[1] .

وإذا رفعت دعوى الحراسة بطريق التبعية أمام محكمة الموضوع ، فإنه يجوز رفعها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية باعتبارها من الإجراءات التحفظية التى يجوز تقديمها فى أية حالة تكون عليها الدعوى[2] .

٤٤٦ — **حكم الحراسة** : يكون النطق بحكم الحراسة ، بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويكون النطق به علانية وإلا كان باطلا (م ٣٤٥ مرافعات) . وإذا نطق بالحكم عقب المرافعة ، وجب أن تودع مسودته المشتملة على أسبابه موقعاً عليها من الرئيس والقضاة مبيناً بها تاريخ إيداعها ، وذلك فى ظرف ثلاثة أيام من يوم النطق بالحكم ، وإلا كان الحكم باطلا . فإن كان النطق بالحكم فى جلسة أخرى غير جلسة المرافعة ، وجب أن تودع مسودته عقب النطق به ، وإلا كان الحكم باطلا كذلك . ويكون

---

(١) انظر فى كل ذلك محمد على راتب فقرة ٥٣ — فقرة ٦٥ — محمد عبد اللطيف فقرة ٦١٩ — فقرة ٦٢٧ .

(٢) وقد قضى فى هذا الصدد بأنه إذا كان الثابت أنه فى أثناء نظر دعوى الموضوع أمام محكمة ثانى درجة طلب المستأنف استبدال الحارس الذى عينته المحكمة الابتدائية ، فاعترض المستأنف ضده بأن هذا الطلب لا يقبل أمام محكمة ثانى درجة لأن قاضى التعيين هو قاضى العزل ، فهذا الاعتراض فى غير محله ، لأن المحكمة التى تنظر النزاع الموضوعى هى المختصة بنظر دعوى الحراسة على الأموال المتنازع عليها ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وذلك على اعتبار أن هذا من الإجراءات التحفظية الجائز تقديمها فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، فمن حق المستأنف إذن أن يطلب استبدال الحارس كذلك أمام محكمة ثانى درجة لأول مرة ، وحقه هذا لا يمنعه من طلب عزل الحارس أو استبداله أمام القاضى المستعجل إذا توافرت شروط اختصاصه (استئناف مصر ١٧ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ ص ١٤٠٠) . وانظر آنفاً فقرة ٤٤٣ فى الهامش .

المتسبب فى البطلان ملزماً بالمصاريف وبالتضمينات إن كان لها وجه (م٣٤٦ مرافعات) . ويجب أن يكون الحكم مشتملا على الأسباب التى بنيت عليه ، وإلا كان باطلا (م ٣٤٧ مرافعات) . وصورة الحكم التى يكون التنفيذ بموجبها تبصم بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية ، ولاتسلم إلا للخصم الذى صدر حكم الحراسة لمصلحته (م٣٥٢ مرافعات) . ويسوغ إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية لكل إنسان ولو لم يكن له شأن فى الدعوى ، وذلك بعد دفع الرسم المستحق (م ٣٥١ مرافعات) .

ويجب أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذى لنفس المحكوم عليه بالحراسة أولموطنه الأصلى، وإلا كان باطلا (م ٤٦٠ مرافعات) . ومع ذلك يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أولمحكمة الموضوع على حسب الأحوال أن تأمر بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلان ، وفى هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر ، وعلى المحضر أن يردها بمجرد الانتهاء من التنفيذ (م ٤٦٤ مرافعات) .

والنفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون لحكم الحراسة ، سواء أصدره قاضى الأمور المستعجلة أو أصدرته محكمة الموضوع ، وذلك مالم ينص فى الحكم على تقديم كفالة (م٤٦٦ مرافعات)(١) .

ويجوز الطعن فى حكم الحراسة بالاستئناف دائماً ، أيا كانت قيمة النزاع الأصلى أو قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، وسواء صدر الحكم من قاضى الأمور المستعجلة أوصدر من محكمة الموضوع (م٣٩٥ مرافعات)(٢). ويستتبع ذلك أنه يجوز أن يكون الحكم الصادر فى الموضوع غير قابل للاستئناف ، أما حكم الحراسة الذى هو تابع للحكم الموضوعى فيكون قابلا للاستئناف . وتعليل ذلك أن حكم الحراسة يصدر بعد بحث سريع لظاهر المستندات ، فجعل دائماً قابلا للمراجعة من محكمة أعلى(٣) . ويستأنف حكم

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٩٢ — وينفذ الحكم ضد من انتقلت إليه ، بعد صدور حكم الحراسة ، ملكية المال الموضوع تحت الحراسة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٦) .

(٢) وعدم إدخال أحد الحراس أو أحد الملاك خصما فى الاستئناف لا يجعل الاستئناف غير مقبول (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٧٧) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٠ .

الحراسة ، إذا كان صادراً من قاضى الأمور المستعجلة ، أمام المحكمة الكلية ؛ وحكمها فى الاستئناف يكون نهائياً ، ثم هو لايقبل الطعن فيه بالنقض إذ قد أعيد تحريم الطعن بالنقض فى الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الكلية بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢[١]. أما إذا كان حكم الحراسة صادراً من محكمة الموضوع ، فإن كانت هذه المحكمة هى المحكمة الجزئية ، فاستئناف الحكم يكون هنا أيضاً أمام المحكمة الكلية ، ويكون حكمها نهائياً وغير قابل للنقض[٢]. وإن كانت محكمة الموضوع هى المحكمة الكلية ، فاستئناف حكم الحراسة يكون أمام محكمة الاستئناف ، ويكون حكم هذه المحكمة قابلا للطعن فيه بالنقض[٣].

---

(١) وذلك فيما عدا الحكم فى قضايا وضع اليد والحكم الصادر فى مسألة اختصاص نوعى أو اختصاص متعلق بولاية المحكمة (م ٤٢٥ مكررة مرافعات الصادر بها القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢) . ثم صدر قانون السلطة القضائية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ، تنص المادة الثانية منه على أن للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية ، وذلك إذا كانت الأحكام المطعون فيها مبنية على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أوفى تأويله إذا كان الحكم صادراً فى مسألة اختصاص متعلق بولاية المحاكم الاستئنافية . فصار الحكم النهائى الصادر من محكمة ابتدائية فى دعوى الحراسة لا يقبل الطعن بالنقض ، إلا إذا كان صادراً فى مسألة اختصاص تتعلق بوظيفة المحكمة (انظر محمد عبد اللطيف فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٤) .

وانظر فى جواز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى دعوى الحراسة من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية بعد صدور تقنين المرافعات الجديد وقبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ : نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٣ .

(٢) إلا إذا كان صادراً فى مسألة اختصاص تتعلق بوظيفة المحكمة (انظر الهامش السابق) .

(٣) ولا يخضع لرقابة محكمة النقض تقدير قيام الخطر العاجل وهو الشرط العام فى الحراسة ، ولا تقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل بعض ، فهذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٠ ص ٩٩٨— أول يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٦ ص ٥٦٦ — ١٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨ — ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٠٠ ص ١٢٥٣ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٧ ص ٥٥٣ — ٧ يوليه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٤ ص ١٣٦٧ — وانظر آنفاً فقرة ٤٠٤ فى الهامش) .

هذا وقد يصدر حكم الحراسة من محكمة الاستئناف إذا كانت دعوى الموضوع مستأنفة أمامها ودعت الضرورة إلى أن تصدر حكماً بوضع المال تحت الحراسة ، وفى هذه الحالة يكون الحكم نهائياً غير قابل للاستئناف ولكن يجوزالطعن فيه بالنقض .

واختلف فى جواز الطعن فى حكم الحراسة بالتماس إعادة النظر ، فرأى يقول بالجواز لإطلاق نص المادة ٤١٧ مرافعات وهى تجيز التماس إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية[١] ، ورأى آخر وهو الراجح لايجيز التماس إعادة النظر لأن أسباب الالتماس يمكن اعتبارها ظروفاً استجدت بعد صدور حكم الحراسة تزيل حجية هذا الحكم ومن ثم يمكن تعديله بدعوى جديدة لا بطريق التماس إعادة النظر[٢] . ويجوز اعتراض الخارج عن الخصومة على حكم الحراسة ، لأن نص المادة ٤٥٠ مرافعات الوارد فى هذا الصدد عام مطلق[٣] . واعتراض الخارج عن الخصومة على حكم الحراسة لا يوقف تنفيذه ، مالم تأمر المحكمة المرفوع إليها الاعتراض بوقفه لأسباب جدية (م ٤٥٤ مرافعات)[٤] . وتتولى المحكمة التى أصدرت حكم الحراسة تصحيح ما يقع فى منطوق حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أوحسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة . ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ، ويوقعه هو ورئيس الجلسة (م٣٦٤ مرافعات) . ويجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التى أصدرت حكم الحراسة تفسير ماوقع فى منطوقه من غموض أو إبهام ، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى (م٣٦٦ مرافعات) : فيجوز مثلا طلب تفسير مدى مأمورية الحارس ومقدار الأموال والأعيان التى تشملها بالحراسة . والحكم الصادر بالتفسير يعتبر من كل الوجوه متمماً للحكم الذى يفسره ، ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية (م ٣٦٧ مرافعات) . ولايجوز عند التفسير

---

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٢ – ناشد حنا فى التماس إعادة النظر ص ٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٢٨٦ – محمد على رشدى فقرة ٨٣٥ – محمد عبد اللطيف فقرة ٦٥١ .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٥ – محمد على راتب فقرة ٩٠ – محمد عبد اللطيف فقرة ٦٥٧ – أحمد أبو الوفا فى المرافعات طبعة رابعة ص ٨١٥ – عبد المنعم الشرقاوى فى اعتراض الخارج عن الخصومة مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٩ – استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ م٢٤ ص ٤٤ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص ٣٨ – ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص ٣٠٩– إسكندرية مستعجل ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ ص ٣٠١ – عكس ذلك : استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٩٠) .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٥ – محمد على راتب فقرة ٩١ .

إدخال أى تعديل على حكم الحراسة الأصلى ، وإلا كان الحكم الصادر بالتفسير لا أثر له ، ولا يعتد إلا بحكم الحراسة الأصلى[١] .

٤٤٧ — حجية حكم الحراسة : حكم الحراسة حكم وقتى ، سواء صدر من قاضى الأمور المستعجلة أو من محكمة الموضوع . ولا ينفى عنه هذه الطبيعة الوقتية أنه يفصل بصفة قطعية ، فهو إنما يفصل قطعياً فى الحراسة لمدة مؤقتة ، ويكون فى خلالها قابلا للتعديل إذا تغيرت الظروف التى اقتضت إصداره[٢] . فحكم الحراسة إذن حكم قطعى مؤقت .

وهو كحكم قطعى يحوز قوة الأمر المقضى . ومن ثم يقيد القضاء ويلزم طرفى الخصومة ، فليس للقضاء أن يعدل عن حكمه وليس لطرفى الخصومة[٣] أن يرفعا دعوى ثانية بذات الموضوع ونفس السبب للوصول إلى تعديل الحكم الأول ما لم تتغير الظروف[٤] كما سيأتى .

---

(١) مصر مستعجل ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٨٣ ص ٣١٠ — محمد على راتب فقرة ٣٣٦ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥٥ .

(٣) وحكم الحراسة لا يسرى إلا فى حق طرفى الخصومة وخلفائهما ، ولا يجوز التمسك به ضد شخص لم يمثل فى الخصومة (مصر مستعجل ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٣٤ ص ٢٩٠ — محمد على راتب فقرة ٧٥) .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٤ — مصر مستعجل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٢٢٦ — محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٨ — وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل فى الأحكام الصادرة فى الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجية الأمر المقضى باعتبارها وقتية ولا تؤثر فى أصل الموضوع ، إلا أن هذا ليس يعنى جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم هو والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها أى تغيير . إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفى الخصومة فى وضع ثابت واجب الاحترام بمقتضى حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى نفس الظروف التى أوجبته ولذات الموضوع الذى كان محل البحث فى الحكم السابق صدوره ، مادام أنه لم يحصل تغيير مادى أو قانونى فى مركز الطرفين يسوغ إجراء مؤقتاً للحالة الطارئة الجديدة (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٠ ص ١٥٩١) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت هو حجة يلتزم بها القاضى والخصوم فيما يقضى به القاضى فى حدود ماله من « صفة مؤقتة وعدم المساس بالحق » ، ويكون قابلا للطعن فيه بطرق الطعن التى قررها له القانون ، إذ أن هذا الحكم عليه ما على جميع الأحكام من شرائط المداولة والتسبيب وغير ذلك مما نص عليه فى الفصل الأول من الباب العاشر من قانون المرافعات الخاص « بالأحكام » ، كما أن له مالها من =

وحكم الحراسة كحكم مؤقت ليست له إلا حجية نسبية مؤقتة .

فحجيته نسبية لأنها لا تلزم قاضى الموضوع . وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد إن إجراء الحراسة وهو إجراء مستعجل ليس من شأنه أن يحسم النزاع بين الخصمين فى أصل الحق ، إذ هو تقدير وقتى عاجل ، يتحسس به القاضى المستعجل ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون وجه الصواب فى خصوص الإجراء المطلوب ، مع بقاء أصل الحق سليما يناضل فيه ذوو الشأن لدى محكمة الموضوع (١) .

وحجيته مؤقتة لأنها لا تبقى إلا ببقاء الظروف التى بنى عليها الحكم . فإذا تغيرت هذه الظروف ، سواء من ناحية الواقع أو من ناحية القانون ، ووجد

= حجية فيما يقضى به فى الحدود المتقدمة وفقاً للمادتين ٤٩ و ٣٤٩ مرافعات (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢) .

أما إذا اختلف السبب ، فلا محل للدفع بقوة الأمر المقضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفضت دعوى الحراسة المرفوعة باعتبارها إجراء موقوتا بالبت فى إشكال مرفوع ، وكانت المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها صارت غير ذات موضوع بعد الفصل فى الإشكال ، ثم رفعت دعوى حراسة أخرى استند فيها إلى نزاع فى الملكية ، وكان يبين من ذلك أن السبب الذى بنى عليه طلب الحراسة فى كل من الدعويين مختلف عن الآخر ، فضلا عن أن المحكمة لم تتعرض فى الدعوى الأولى لبحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها قد أخطأ فى تأويل الحكم الصادر فى الدعوى الأول خطأ ترتب عليه خطؤه فى تطبيق المادة ٤٠٥ مدنى (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٨ ص ٢٥١) . وقد قضى بأن رفض تعيين حارس بالأجر ليس حجة ضد طلب تعيين نفس الحارس بغير أجر (استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥) .

وانظر مصر استئنافى ١٥ يناير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٩٦ – ٦ مارس سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ٢٢٤ – بنى سويف الكلية ٣٠ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٢ ص ٢٥٩ – ديرب نجم ٣٠ نوفبر سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٢١ ص ١١٤ .

(١) نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٨٦ ص ١٠٢ – وقضت محكمة النقض أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقتى لا يحوز قوة الشىء المحكوم به فى أصل موضوع النزاع ، فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر فى موضوع النزاع المقضى باتخاذ ذلك الإجراء فيه (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٩) – وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ – ٥ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٩ ص ١١٥٢ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥٤ – محمد على راتب فقرة ٧٤ – محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٩ .

ما يستوجب التعديل فى حكم الحراسة ، زالت حجية هذا الحكم ، وأمكن رفع دعوى جديدة يطلب فيها ما يغاير الذى قضى به حكم الحراسة الأول[١] . ويترتب على ذلك أنه إذا قضى بتعيين حارس قضائى حتى يقضى نهائياً فى نزاع معين ، وقبل الفصل فى موضوع النزاع تغير مركز أحد الطرفين بحيث يصبح طلب رفع الحراسة ، جاز رفع دعوى جديدة بذلك[٢] . ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا قضت المحكمة برفض دعوى الحراسة لأسباب معينة ، ثم حصل تغيير فى مركز الطرفين يمكن معه رفع دعوى حراسة جديدة ، جاز ذلك[٣] . ولا يشترط فى الوقائع التى تغير مركز الخصوم أن تكون قد حدث بعد صدور حكم الحراسة ، بل يكفى وجودها ولو حصلت قبل صدور هذا الحكم مادامت لم تطرح أمام المحكمة ويفصل فيها بالقبول أو بالرفض[٤] .

٤٤٨ — **تنفيذ حكم الحراسة** : أول أثر لحكم الحراسة هو إضفاء صفة الحارس على من اختير لذلك ، وسنرى أن هذا الأثر يقع بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر . ثم يأتى بعد ذلك تسليم الأموال التى فرضت عليها الحراسة للحارس . وهذا يستوجب إعلان الحكم إلى المحكوم عليه ، إلا إذا أمرت المحكمة بتنفيذ الحكم بموجب مسودته بغير إعلان على ماقدمنا[٥] . ويشمل التسليم الشىء الأصلى الموضوع تحت الحراسة وتوابعه ولو لم ينص الحكم عليها ، فوضع محل شركة تحت الحراسة يشمل الأدوات والبضائع

---

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥٤ .

(٢) مصر مستعجل ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية عدد ٢٩١ ص ١٢ .

(٣) نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٧٥ ص ٤٣٨ — ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص ٦١٥ — استئناف مختلط ٢١ نوفبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٨ — ١٤ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣٤ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٤ — محمد عبد اللطيف فقرة ٦٣٨ .

(٤) مصر مستعجل ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ص ٢٨٢ — محمد على راتب فقرة ٧٣ ص ١٩١ — وللمحكمة بحث وقائع الدعوى المطروحة ومستندات الطرفين وظروف الدعوى السابقة والحالية لمعرفة ما إذا كان قد حصل تغيير فى الوقائع المادية أو فى مركز الطرفين القانونى يبيح للمحكمة العدول عن حكمها الأول أو التعديل فيه (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٠ — ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤١) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٤٦ .

والمنقولات الأخرى الموجودة بالمحل . ولايعتبر من التوابع العقارات المؤجرة من الغير والموضوع فيها الأموال المفروض عليها الحراسة ، أو العقارات المملوكة من الغير وتكون مستخدمة على سبيل التسامح لمنفعة الأموال المفروض عليها الحراسة(١) .

وإذا كانت الأعيان الموضوعة تحت الحراسة يشغلها مستأجرون ، فإن تسلم الحارس لها لا يعنى نزعها من أيدى المستأجرين وإخراجهم منها ، ولكن يكون تسلمها بحلول الحارس محل واضع اليد السابق فى قبض الأجرة(٢) .

وقد تعترض الحارس صعوبات فى تنفيذ حكم الحراسة ، فله أن يلجأ إلى القضاء المستعجل للفصل فى هذه الصعوبات . مثل ذلك أن يمانع شخص فى تسليم الحارس عيناً من الأعيان الموضوعة تحت الحراسة بدعوى أنه مستأجر لها ، فلقاضى الأمور المستعجلة أن يبحث جدية عقد الإيجار ، فإذا كان جدياً

---

(١) مصر مستعجل ٢٧ أغسطس سنة ١٩٣٥ الجريمة القضائية عدد ٤٠٠ ص ٩ — محمد على راتب فقرة ٣٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحراسة إجراء تحفظى ، والحكم الصادر فيها ليس قضاء بإجراء يحتمل التنفيذ المادى فى ذاته إنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التى تناط به فى الحد الذى نص عليه الحكم ، وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة إلى العقار ليس إلا عملا حكمياً ليس له كيان مادى ، فلا يجوز للحارس تنفيذ الحكم بطرد واضع اليد على العقار مادام استأجر بعقد لا شبهة فى جديته لبعض الأعيان الموضوعة تحت الحراسة من قبل ، بل يحق له فقط تحصيل الإيجار المستحق من المستأجر (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٦ ص ٦٥٢) — وانظر أيضاً نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٥ ص ٩٠٨ — مستعجل مصر ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٥ ص ٣٦٢ — ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٦٤٣ — استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٤٩ — ٢١ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٩ .

كذلك لا تؤثر الحراسة فى حق الشريك فى الانتفاع بالحصة الشائعة ، فلا يختص قاضى الأمور المستعجلة بطرد الشريك من العين موضوع الحراسة (مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٤٥٤ ص ١٠٨٥) ، وذلك ما لم يكن وجود الشريك فى العين عقبة تعرقل أعمال الحارس كما لو استأثر الشريك بالعين كلها ومنع الحارس من إدارتها واستغلالها (انظر محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٣ — وقارن إسكندرية مستعجل ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٧١ ص ١٠٨٥ — مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣) . ولاينزع الحارس العين من تحت يد الدائن المرتهن رهن حيازة (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٢) .

ترك العين فى يد المستأجر واكتفى الحارس بقبض الأجرة منه[1] . وإذا شمل حكم الحراسة أعيان وقف وملك ، وصدر حكم بعد ذلك من محكمة الموضوع بإخراج أطيان الوقف من الحراسة فى مواجهة الحارس دون الخصوم ، وتغير الحارس ، فإن للحارس الجديد أن يلجأ إلى القضاء المستعجل لمعرفة مدى تأثير الحكم الصادر بإخراج الوقف من الحراسة فى مواجهة الحارس السابق دون الخصوم فى الحكم الصادر بتعيينه حارساً . ويجب على القضاء المستعجل ألا يمس الحكم الموضوعى ، فيتعين عليه أن يحكم بوقف تنفيذ حكم الحراسة بالنسبة إلى الوقف ، ولو طعن أمامه ببطلان الحكم الموضوعى لعدم صدوره فى مواجهة جميع الخصوم ، إذ لا يجوز أن يصدر حكماً يتعارض مع حكم صادر من محكمة الموضوع فى نفس الأمر المطروح أمامه[2] .

§ ٣ – تعيين الحارس القضائى

٤٤٩ — نص قانونى : تنص المادة ٧٣٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يكون تعيين الحارس ، سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية ، باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه[3] » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به[4] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٢ — ولا مقابل للنص فى التقنين

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت عدد ٣٤٤ رقم ٢٨٦ ص ٢١٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٣ م ١٥ ص ٣٢٠ — مصر مستعجل ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٨٣ ص ٤١٠ — محمد على راتب فقرة ٣٣٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٦ — ص ٢٨٧) .

(٤) انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٦ — محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٤ هامش ١ .

المدنى العراقى – ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٢٠ / ١ و ٢[١] .

ونبحث فى هذا الصدد المسائل الآتية : (١) من يعين الحارس القضائى. (٢) التكييف القانونى لصفة الحارس القضائى ، وسنرى أنه تثبت له صفة النيابة عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . (٣) ما يترتب على أن الحارس القضائى نائب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . (٤) تنحى الحارس القضائى عن الحراسة . (٥) طلب عزل الحارس القضائى واستبدال حارس آخر به .

٤٥٠ — من يعين الحارس القضائى : رأينا أن المادة ٧٣٢ مدنى تقضى بأن يكون تعيين الحارس القضائى باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، أى أن تعيين شخص الحارس القضائى مسألة منفصلة عن فرض الحراسة القضائية[٢] . فالحراسة القضائية تفرض بحكم من القضاء ، ولكن شخص الحارس القضائى يتعين بإتفاق ذوى الشأن جميعاً إذا أمكن هذا الاتفاق ، ولاتتغير بذلك طبيعة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٢٠/١و٢ : يعهد فى الحراسة إلى شخص يتفق جميع ذوى الشأن على تعيينه من قبل القاضى – وللقاضى أن يقرر تعيين حارس .

(وبالرغم من غموض عبارة النص فالظاهر أن الحارس القضائى فى التقنين اللبنانى يعين باتفاق ذوى الشأن ، فإن لم يتفقوا عينه القاضى : انظر م ١٩٦٣ مدنى فرنسى – فيكون التقنين اللبنانى متفقاً مع التقنين المصرى) .

(٢) فقد يتقرر مبدأ الحراسة القضائية نهائياً دون أن تتقرر نهائية تعيين الحارس . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أوقفت محكمة الاستئناف دعوى الحراسة لوفاة أحد الخصوم، ثم قضى ببطلان المرافعة فيها فى مواجهة النظار الذين حلوا محل الناظر المعين حارساً ، فإن حكم الحراسة المستأنف إذا كان قد أصبح نهائياً فما هذا إلا بالنسبة إلى مبدأ الحراسة القضائية فقط ، ولكنه غير ملزم من جهة الشخص المعين حارساً . وعدم إلزامه لا يمكن معه القول بنهائيته بالنسبة إلى هذا التعيين ، ولا بأن وضع يد الناظر على الأطيان المتنازع عليها قد تغير من كونه الناظر على وقف هذه الأرض إلى كونه الحراسة القضائية عليها ، ولا بأن ناظر الوقف أو نظاره مسئولون عن الحساب مسئولية الحراس القضائيين (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٥ ص ٨٦٧) .

الحراسة من حراسة قضائية إلى حراسة اتفاقية . فالعبرة فى كون الحراسة قضائية أو اتفاقية هى بمن فرض الحراسة فى ذاتها . فإن كان هو القاضى ، كانت الحراسة قضائية ، ولو كان الخصوم هم الذين اتفقوا على تعيين شخص الحارس القضائى . وإن كان هو الخصوم ، كانت الحراسة اتفاقية ، ولو كان القاضى هو الذى عين الحارس الاتفاقى[1] .

فإذا اتفق ذوو الشأن جميعاً على تعيين شخص يكون حارساً قضائياً ، وجب على المحكمة تعيين هذا الشخص[2] . ولا يكفى أن تتفق الأغلبية ، ولو كانت أغلبية الشركاء فى المال الشائع[3] . بل يجب أن يكون هناك اتفاق إجماعى .

فإذا لم ينعقد الإجماع على شخص معين ليكون حارساً قضائياً ، تولت المحكمة بنفسها تعيين هذا الحارس . وتستأنس فى ذلك برأى من ترى الاستئناس برأيه من ذوى الشأن ، أغلبية كانوا أو أقلية ، دون أن تكون ملزمة بهذا الرأى . ولها أن تعين أحد طرفى الخصومة حارساً قضائياً ولو اعترض

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية ، فهناك مسألتان منفصلتان : أولاهما وضع المال تحت الحراسة ، والثانية تعيين شخص الحارس . والمسألة الأولى هى التى تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية ، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أو حكمت المحكمة بها ، فإن أمر تعيين الحارس يترك فى كلا الحالين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه ، وإلا فتقوم به المحكمة المختصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٧) .

(٢) وتبقى الحراسة مع ذلك حراسة قضائية (بودرى وڤال فقرة ١٢٩١) ، كما أن الحراسة الاتفاقية تبقى اتفاقية حتى لو عينت المحكمة الحارس (انظر آنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع ، الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعدها من القانون المدنى ، يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام بشأنه نزاع وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه . فإن الحكم فى شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة ، ويكون تعيين الحارس – سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية – باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه ، وذلك وفقاً للمادة ٧٣٢ من ذلك القانون . وإذن فإذا فرضت الحراسة على مال شائع ، وطبقت المحكمة أحكام الحراسة فى شأن هذا النزاع ، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يكون فى غير محله (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ – وانظر عكس ذلك محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٥) .

عليه الطرف الآخر ، إذا اطمأنت إلى أمانته وكفايته ، لاسيما إذا قبل الحراسة دون أجر وكانت قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة لاتتحمل تثقيلها بالأجر(١) . وإذا لم تر المحكمة تعيين أحد طرفى الخصومة ، عينت أجنبياً ، قد يكون من بين الخبراء المقررين بالجدول(٢) ، أو أى شخص آخر تراه متوافراً على الخبرة الخاصة التى تتطلبها إدارة الأموال الموضوعة تحت الحراسة .

---

(١) انظر المادة ٦٠٠/٤٩١ من التقنين المدنى القديم وتنص صراحة على جواز تعيين أحد الخصوم المترافعين حارساً قضائياً – وانظر استئناف وطنى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٣٢ – ٣ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٥٢ – استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة١٨٩٥ م ٨ ص ٩ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٨ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٥ – ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ – ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١١ – ٢٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٤ – محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٦ – ص ٨٥٧ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن اختيار المدعى عليه حارساً لملاءته وللاعتبارات الأخرى التى أوردها الحكم فى صدد تبرير اختياره لا يتعارض بحال مع تقدير الحكم قيام الخطر الموجب للحراسة ، متى كان الحكم مع اختياره هذا الخصم قد حدد مأموريته وجعله مسئولا عن إدارته أمام الهيئة التى أقامته بما يكفل حقوق جميع الخصوم فى الدعوى حتى تنقضى الحراسة بزوال سببها ، ومن ثم فإن النعى على الحكم التناقض فى هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٢ ص ٩٧٣) . وقد قضى بأنه يمكن تعيين ملاك الأعيان حراساً كل بقدر مايوازى نصيبه ، بخلاف ماجرت عليه الأحكام من تعيين حارس أجنبى عن الطرفين أوتعيين أحدهما ، ولهذه الطريقة مزايا ، منها تمكين طالب الحراسة المحق فى دعواه من تسلم ما يوازى نصيبه فى الحال والانتفاع به والشعور بالعدالة السريعة ، ومنها عدم انتزاع ما يخص المدعى عليه من الأعيان من يده وتركه عاطلا بلا عمل ومنع تدخل أجنبى قد يغتال شيئاً من غلة الأطيان ، ومنها اقتضاء نفقات الحراسة وكثير ما هى (إسكندرية مستعجل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٠ ص ١٣) . وقضى بأن المادة ٤٩١ مدنى (قديم) تخول للقضاء حق تعيين أحد الخصمين حارساً قضائياً ، فليس هناك مايمنع من تعيين أحد الناظرين المتنازعين حارساً قضائياً على الوقف ، وليس فى ذلك معنى الإفراد بالإدارة ، إذ تختلف طبيعة وآثار كل من حكم القضاء المستعجل والقرار الذى تصدره الجهة الشرعية ، فالأول مؤقت بطبيعته لضرورة تقتضيه ، والثانى حاسم ينهى النزاع (مصر الكلية ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣١٨ ص ٨٢٣) . وقضى على خلاف ما تقدم أنه لتعيين أحد الشركاء حارساً يجب أن يكون جميع الشركاء متفقين على تعيينه ، وإلا عن حارس أجنبى (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٩) . وعلى كل حال لا يجوز أن يعين حارساً الوارث الذى كانت حيازته للتركة موضع الشكوى وسبباً فى طلب الحراسة (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٠) .

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ .

وتعين المحكمة من يقبل أن يكون حارسا دون أجر ، إذا كان متوافراً على الأمانة والكفاية المطلوبتين[1] . وقد تعين أكثر من حارس واحد ، إذا اقتضى تنوع العمل ودقته تعدد الحراس[2] ، ويتحاشى ذلك بقدر الإمكان لما في تعدد الحراس من احتمال وقوع الخلاف والاضطراب في العمل[3] .
وسواء كان تعيين الحارس القضائي باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو كانت

---

(١) استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ – مصر مستعجل ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٨ ص ٢١٥ – محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٧ – وذلك ما لم يكن من يرشح نفسه للحراسة دون أجر بعيداً عن العين بحيث لا يتمكن من إدارتها إلا بوكيل (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٢) ويحصل ذلك كثيراً في الحراسة على الشركات ، فيعين الشريك القائم بأعمال الإدارة حارساً قضائياً لخبرته بالعمل ويعين معه حارس آخر تكون مهمته الرقابة وتسلم أثمان المبيعات والإذن بالصرف (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٦ – ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص ١٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يترتب على وفاة الحارس الأصلي سقوط حراسة الحارس المنضم ، بل يبقى الحارس المنضم إلى أن يثبته القاضي أو يعزله (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢) . وانظر استئناف مصر ٢٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٤ – محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٨ – ص ٨٥٩ .

ولما كانت المادة ٧٣٣ مدنى تقضى بتطبيق أحكام الوديعة والوكالة فيما لم يرد فيه نص ، فإن المادة ٧٠٧/٢ مدنى ، التي تقضى في الوكالة بأنه إذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم بالعمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه ، هى التى تسرى في حالة تعيين أكثر من حارس واحد (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٢ ص ٥٤٠ – استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٩) . ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الحراس ثلاثة وتوفى أحدهم ، كان للحارسين الباقيين أن يقوما بما قد تمس إليه الحاجة ولا يتسع له أجل الانتظار ، وتكون تصرفاتهما صحيحة إلى أن تضم المحكمة المختصة بديلا عن المتوفى ، وإلا شلت الحركة وفات الغرض من تعيين الحراس (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٥ ص ٧٠ – ٤ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣ ص ٤ – نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ : لا يترتب على وفاة الحارس الأصلي سقوط حراسة الحارس المنضم بل يبقى إلى أن يثبته القاضي أو يعزله) . وسكوت سائر الحراس دون اعتراض على تصرف أحدهم يعتبر موافقة منهم على هذا التصرف (استئناف مختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٢٢) .

(٣) استئناف وطنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٨١ ص ٨٤ – وانظر في جواز اختيار المرأة حارساً قضائياً محمد على راتب فقرة ٣٢٩ ص ٨٥٨ – وانظر في أنه يحسن عدم إسناد الحراسة إلى رؤساء الدول محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٨ ويشير إلى مصر مستعجل ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ قضية رقم ٢٧٥٩ سنة ١٩٥١ .

المحكمة هي التي عينته ، فلابد من قبوله لمهمته ، إذ لايجبر أحد على أن يكون حارساً(١) . ولكن إذا صدر قبوله بعد صدور حكم الحراسة ، فإن صفة الحارس تثبت له من وقت صدور الحكم كما سنرى ، ولاتتراخى إلى وقت القبول .

٤٥١ — التكييف القانوني لصفة الحارس القضائي : وليست الحراسة القضائية بعقد وكالة ، لأن القضاء هو الذى يفرضها ولايفرضها اتفاق ذوى الشأن . ولكن الحارس يصبح بمجرد تعيينه ، وبحكم القانون ، نائباً ، إذ يعطيه القانون سلطة فى إدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته . والنيابة هنا نيابة قانونية من حيث المصدر الذى يحدد نطاقها ، إذ القانون هو الذى يفرضها ويعين مدى السلطة فيها . وقد تختلط بنيابة قضائية ، إذا تدخلت المحكمة فى تحديد سلطة الحارس . وهى على كل حال نيابة قضائية من حيث المصدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة ، إذ القاضى هو الذى يعين الحارس القضائى ولو اتفق على شخصه ذوو الشأن جميعاً(٢) . وفى رأينا أن الحارس القضائى ينوب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة(٣). فإن كان معروفاً منذ البداية ، كما لو وضعت الحراسة على أموال المدين ، كان هذا

---

(١) محمد على راتب فقرة ٣٣٩ ص ٨٦٧ هامش ١ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٦١ — بودرى وڤال فقرة ١٢٩٢ — أوبرى ورو وإسمان ٦ فقرة ٤٠٩ ص ١٩٤ — نقض فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩ — ١ — ٥٦٤ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عين القاضى ناظر وقف حارساً على قطعة أرض متنازع عليها بين الوقف وجهة أخرى ، ولم يقبل الناظر حكم الحراسة ولا أن يكون حارساً ، بل استأنف الحكم طالبا رفض دعوى الحراسة ، فإن عدم قبوله للحراسة — سواء أكان تعيينه فيها بصفته الشخصية أم بصفته ناظرا —لا يجعل لمنازعه سبيلا إلى طلب الحساب منه ولا ممن حل محله فى النظارة (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٥ ص ٨٦٧) . وقضى بأنه إذا اعتذر الحارس المعين من محكمة ثانى درجة عن قبول الحراسة ، فلصاحب المصلحة فى الحراسة أن يلجأ إلى هذه المحكمة نفسها طالباً تعيين آخر بدلا منه لأداء ذات المأمورية (إسكندرية استئنافى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٨ قضية رقم ١٧٦ سنة ١٩٥٨) .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٨٣ ص ١٩٠ وهامش ١ — عبد الحكيم فراج فقرة ٥٣ — وقارن استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٧ .

(٣) بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٧ ص ٥٤٢ — استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٩٠ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٨ — مصر الجزئية المختلطة أول فبراير سنة ١٩٣٨ جازيت ٣٠ رقم ٤٩ ص٥٦ — وقارن استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٧ .

المدين هو الأصيل وكان الحارس القضائى نائباً عنه . وإن لم يكن معروفاً منذ البداية ، كما لو وضعت الحراسة على مال يتنازع شخصان ملكيته ، كان الحارس القضائى نائباً عن أى من الشخصين يظهر بعد حسم النزاع أنه هو المالك للمال ، فيكون نائباً عن شخص غير معين ولكنه قابل للتعيين[1] .

وتثبت للحارس القضائى صفته كنائب بمجرد صدور حكم الحراسة ، شأنه فى ذلك شأن الوصى والقيم وناظر الوقف والسنديك . وكل حكم يسبغ صفة على شخص يكون نافذاً فى إسباغ هذه الصفة على الشخص بمجرد صدوره ، ولا يحتاج فى ذلك إلى إعلانه للمحكوم عليه . وإنما يحتاج الحكم إلى الإعلان والتكليف بالوفاء إذا ألزم المحكوم عليه بأداء أمر معين ، فيعلن المحكوم عليه بالحكم ويكلف بالوفاء ودياً حتى يتقى التنفيذ الجبرى وما يجره من متاعب ونفقات . أما أن تثبت للحارس صفته كنائب ، فذلك ما لا يحتاج إلى أداء أمر معين يحتمل التنفيذ الجبرى ، ومن ثم تنتفى حكمة الإعلان والتكليف بالوفاء . فإن اشتمل حكم الحراسة على أداء أمر معين ، كتسليم الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، فإنه يجب عند ذلك إعلانه للمحكوم عليه وتكليف هذا بتسليم الأموال للحارس[2] . لكن إذا اقتصر الأمر على ثبوت صفة النيابة ، كما إذا أراد الحارس مقاضاة المستأجر للعين الموضوعة تحت الحراسة بصفته حارساً ، فالنيابة ثابتة بمجرد صدور حكم الحراسة كما قدمنا ، وللحارس أن يقاضى المستأجر بمجرد صدور هذا الحكم وقبل إعلانه ، ولا تدفع دعواه ضد المستأجر بعدم القبول بزعم أنها مرفوعة من غير ذى صفة[3] .

---

(١) قارن عبد الحكيم فراج فقرة ٣٦٩ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٦ — مصر مستعجل ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٧١ ص ١٠٨٥ — ١٤ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٧ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٥١ — فقرة ٣٥٢ — محمد على رشدى فقرة ٢٧٠ ص٣٧٢ — محمد على راتب فقرة ٣٣٢ وفقرة ٣٣٩ — محمد عبد اللطيف فقرة ٢٩٧ .

(٣) مصر الكلية ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٥ رقم ١٦٤ ص ٣٦٣ — مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣ — وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحارس القضائى يستحق سلطته من الحكم الذى يقيمه ، وتثبت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر . وإذن فللحارس بمجرد صدور الحكم بإقامته أن يقاضى عن العين =

٤٥٢ — ما يترتب على أن الحارس القضائى نائب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة : سنرى فيما يلى أن العلاقة بين النائب والأصيل تتكشف عن التزامات فى جانب الحارس القضائى وعن حقوق له نبحثها تفصيلا فى مكانها . ويبقى أن نبحث هنا فى إيجاز علاقة الحارس القضائى بالغير الذى يتعاقد معه ، وعلاقة الأصيل بهذا الغير . وفى كلتا العلاقتين يجب تطبيق أحكام النيابة ، كما طبقناها عندما يعمل الوكيل باسم الموكل[1] . وقد قدمنا عند الكلام فى الوكالة أن التصرف القانونى الذى يجريه

= الموضوعة تحت حراسته ، ولو لم يكن حكم الحراسة قد أعلن قبل رفع الدعوى . وإذ كان القانون لا يوجب إعلان الأحكام إلا توسلا للتنفيذ الجبرى ، فلا يكون إعلان حكم الحراسة إلى المحكوم عليه واجباً إلا إذا أريد تنفيذه بتسلم الأعيان محل الحراسة (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٤ ص ٦٠٧) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١ (وقد قضى بأنه يترتب على مجرد صدور حكم فى مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه فى الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أى إجراء آخر) — ويقول حكم محكمة النقض الأول فى الرد على القول بأن الحراسة القضائية وديعة فلا تنفذ قانوناً فى عهد التقنين المدنى القديم إلا بتسليم الأعيان موضوع الحراسة : إن الحراسة القضائية ، وإن كانت تشبه الوديعة فى بعض صورها فى حالة وقوع الحراسة على منقول فقط ، فإن هذا لا يجعلها وديعة فى طبيعتها ولا فى كل أحكامها : مجموعة عمر ٥ ص ٦١٠ . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حكم الحراسة مصدر من مصادر إنشاء النيابة القضائية ، مثل الوصاية والقوامة ونظارة الوقف والوكالة عن الدائنين وغير ذلك . وكلها صفات تلحق بصاحبها كأثر من آثار الحكم أو القرار المنشىء لها ، وهو أثر حكمى ليس فى طبيعته ما يستلزم التنفيذ الجبرى الذى نظم إجراءاته قانون المرافعات (القديم) فى الباب التاسع منه ، ذلك التنفيذ الذى يتضمن إكراه المدين على أداء أمر معين كعمل أودين . والحكمة فى اشتراط سبق إعلان الحكم والتنبيه على المدين بالوفاء قبل الشروع فى التنفيذ الجبرى عملا بنص المادتين ١١٢ و ٣٨٤ مرافعات (قديم) هى تمكين المطلوب التنفيذ ضده من الوفاء ودياً بما هو مطلوب منه حتى يوقى نفسه متاعب ونفقات التنفيذ الجبرى . وليس فى الحكم بتنصيب الحارس ومنحه هذه الصفة — ليس فى ذلك وحده إلزام المحكوم عليه بأداء أمر معين يمكن أن يفى به ودياً قبل التنفيذ به عليه جبراً ، ومن ثم تنتفى حكمة الإعلان والتنبيه فى هذه الحالة . فإن اشتمل حكم الحراسة على قضاء بإلزام المحكوم عليه بشىء معين كالتسليم مثلا ، وجب إعلان المحكوم عليه قبل التنفيذ بذلك . فالمعين حارساً من المحكمة تثبت له هذه الصفة من يوم صدور الحكم بتعيينه حارساً ، وتكون الدعوى المرفوعة منه من ذى صفة ومقبولة ، ولو لم يسبقها إعلان حكم الحراسة (استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٨ ص ٢٦٧) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٠ وما بعدها .

النائب يقوم على إرادة النائب وحدها ، لا إرادة الأصيل ولا الإرادة المشتركة لكل من النائب والأصيل . وتقضى أحكام النيابة كذلك بأن ينصرف أثر التصرف الذى يجريه النائب إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب .

وعلى ذلك يقوم التصرف الذى يجريه الحارس القضائى على إرادته هو ، لا على إرادة الأصيل صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة . ويترتب على ذلك أن تكون إرادته خالية من العيوب ، وإلا كان العقد الذى يبرمه مع الغير قابلا للإبطال : ويكون شخص الحارس القضائى هو أيضاً محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما ، كحسن النية وسوء النية وكالعلم أو الجهل بظروف معينة متصلة بالتعاقد(١) .

وعلى ذلك أيضاً لا ينصرف أثر التصرف الذى يجريه الحارس القضائى إلى شخصه ، بل ينصرف إلى شخص الأصيل صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة(٢) . ولا يكون الحارس مسئولا قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته ، كما إذا جاوز حدود السلطة المخولة له فى الحراسة ، فيرجع عليه الغير بالتعويض إذا كان يجهل مجاوزة الحارس لحدود سلطته وكان معذوراً فى هذا الجهل(٣) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٣ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٣ – محمد على عرفة ص ٥٤٧ – استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٧ – ٢٨ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٩ – ومن يتعامل مع الحارس يجب عليه أن يطلب منه إثبات صفته وسلطته (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص١٢) – وإذا ارتكب الحارس خطأ فى حدود نيابته ، فإنه يلزم صاحب المال نحو الغير ، ويرجع صاحب المال على الحارس (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٨ – ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢) . أما إذا ارتكب خطأ خارج حدود نيابته ، فإنه يكون هو وحده المسئول ، كما لو باع محصول المستأجر دون وجه حق (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٩ – ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦) .

ومن جهة أخرى يكون الحارس مسئولا نحو الغير عن المال الذى فى حراسته مسئولية الحارس عن الأشياء (نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣ – ٤٧٣ – باريس ٢٨ يوليه سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠١ – ٢ – ١٧) . يكون كذلك مسئولا نحو الغير إذا ستر عنه صفته كحارس وأوهمه أنه هو المالك (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٩١) – ولكنه لا يكون مسئولا إذا آجر الأعيان دون أن يعلم أنها أوجرت قبل ذلك (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٠٠) .

وعلى ذلك أخيراً لاينصرف أثر التصرف الذى يجريه الحارس إلى صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة إذا خرج هذا التصرف عن حدود نيابته ، كأن خرج عن حدود أعمال الحفظ والإدارة المخولة له بموجب القانون أو بموجب حكم الحراسة ، وتصرف مثلا بالبيع فى المال الموضوع تحت حراسته ، أو أجر المال بالممارسة وكان حكم الحراسة يلزمه بأن يؤجر بالمزاد ، أو أبرم عقداً بعد انتهاء الحراسة أو بعد صدور حكم القضاء بعزله[١] . وقد قضت محكمة النقض بأنه لايجوز الاحتجاج على المالك بعقد الإيجار إذا كان قد صدر باطلا ممن لا حق له فى التأجير أو ممن جاوز حدود حقه فى الإدارة ، كالحارس القضائى الذى يخرج على قواعد التأجير الصالح النافع للمصلحة المشتركة[٢] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم سريان عقد الإيجار الذى أبرمه الحارس لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، مجاوزاً حدود نيابته بعدم حصوله على ترخيص من المحكمة يجيز له تأجير أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات[٣] . على أنه إذا أقر الأصيل الأعمال التى جاوز فيها الحارس حدود سلطته ، تقيد بها وأصبحت ملزمة له[٤] .

٤٥٣ — تنحى الحارس القضائى عن الحراسة : إذا جد عند الحارس القضائى أسباب تجعل مضيه فى الحراسة متعذراً ، كأن مرض أو اضطر إلى السفر أو عجز عن العمل أو قامت صعوبات أمامه من الخصوم المتنازعين فى سبيل تنفيذ حكم الحراسة على الوجه الصحيح أو ضاق وقته عن القيام بأعمال الحراسة ، جاز أن يطلب إعفاءه من مهمته . ويرفع الطلب إلى المحكمة التى عينته ولو

---

(١) انظر فى كل ذلك استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٦٤ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩ — محمد على راتب ٣٤٨ .

(٢) نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٨ ص ٢٥٧ — وفى الحراسة الاتفاقية قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن ينفرد أيهم بأى عمل وإلا كان باطلا ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض ، فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٢ ص ١١٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٢٢ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٢ — فقرة ٣٩٥ .

كانت محكمة ثانى درجة ، كما يجوز أن يرفع الطلب إلى القضاء المستعجل ولو لم يكن هذا القضاء هو الذى عينه وذلك عند الاستعجال(١) .

وتقدر المحكمة أسباب التنحى ، فإن رأتها وجيهة أعفت الحارس من الحراسة وعينت آخر مكانه ؛ وإلا رفضت التنحى وألزمت الحارس بالبقاء فى الحراسة التى سبق له أن قبلها(٢) .

٤٥٤ — طلب عزل الحارس القضائى واستبدال آخر به : وقد توجه إلى الحارس مطاعن تستوجب عزله ، كما إذا قام الدليل على أنه ينحاز لبعض الخصوم المتنازعين ، أو يهمل إدارة الأعيان إهمالا يضر بأصحابها ، أو يهمل حفظها بما يجعلها عرضة للتلف أو الهلاك أو الضياع ، أو يتصرف فى الريع تصرفاً غير أمين ، أو يبدد هذا الريع أو يبدد الأموال الموضوعة تحت حراسته(٣) . بل يجوز طلب استبدال حارس تتوافر فيه الصفات المطلوبة ويقبل الحراسة دون أجر بالحارس الذى سبق تعيينه بأجر ولو لم توجه إلى هذا الأخير أية مطاعن تستوجب عزله ، ويكون إحلال حارس بغير أجر محل حارس بأجر سبباً كافياً لجواز الاستبدال(٤) .

وترفع دعوى عزل الحارس واستبدال غيره به أمام القضاء المستعجل عند

---

(١) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٦ — ١٢ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٨٣ — ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨ — مصر مستعجل ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ الجريدة القضائية ٦ عدد ٣٠ ص ١٠ .

(٢) انظر فى هذه المسألة عبد الحكيم فراج فقرة ٤٢٢ — محمد على راتب فقرة ٣٥٦ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٦ — وقد قضى بأن الحارس لا يمكنه أن يتخلى عن حراسته بمجرد إرادته ، ولا يقبل منه التخلى إذا اتضح أن هذا يلحق ضرراً بالمتخاصمين (كفر الزيات ٦ يناير سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٦٩ ص ٤٧) .

(٣) استئناف وطنى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٣٢ — أو يبطئ فى أعمال إدارته أو فى تقديم الحساب أو يعرقل أعمال الخبير (استئناف مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤٢) — أو تنزع ملكيته من بعض أمواله ويقف موقف المعسر (مصر الكلية ٨ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٩ رقم ٢٩٦ ص ٧٢٣) — أو يرسى المزاد على أخيه وينفق مصروفات مغالى فيها (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٦) — أو يختلف الحراس المتعددون على الإدارة (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٦) .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ — مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ — محمد على عرفة ص ٥٥٥ .

الاستعجال . ويجوز رفعها أيضاً أمام المحكمة التي عينت الحارس ، إلا إذا كان الحارس قد عين من محكمة ثانى درجة فيتعين رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام محكمة أول درجة[١] . وهذا بخلاف تنحى الحارس ، فقد تقدم أنه يجوز رفع طلب التنحى إلى المحكمة التى عينت الحارس ولو كانت محكمة ثانى درجة لأن التنحى ليس خصومة تقتضى أن تنظر أمام درجتين[٢] . ويجوز رفع دعوى العزل والاستبدال من أى شخص له مصلحة فيها ولو لم يكن نفس الشخص الذى طلب تعيين الحارس[٣] ، كما يجوز أن يتدخل فى الدعوى كخصم ثالث كل من له مصلحة فى طلب عزل الحارس ، أما من ليست له مصلحة فليس له التدخل[٤]. وترفع الدعوى فى مواجهة الخصوم فى دعوى الحراسة[٥] وفى مواجهة الحارس المطلوب عزله . ويجوز فى حالة الاستعجال الشديد رفع طلب العزل والاستبدال بعريضة تقدم إلى قاضى الأمور الوقتية ، ويصدر هذا أمراً على العريضة بعزل الحارس وبتعيين حارس آخر مكانه[٦] .

وتفحص المحكمة — القضاء المستعجل[٧] أو المحكمة التى عينت الحارس — ظاهر المستندات ، فإذا تبينت جدية المطاعن التى وجهت إلى الحارس ، قضت بعزله واستبدال آخر به[٨] ، أو قضت بإقامة حارس آخر معه إذا رأت فى هذا

---

(١) استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨٣ .

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠٠ هامش ٣ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦٨ .

(٤) محمد على راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠٢ هامش ١ ويشير إلى إسكندرية مستعجل ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٤ قضية رقم ١٥٩٠ سنة ١٩٥٣ .

(٥) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٠ — المنيا الجزئية ٩ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ١٠٩٥ .

(٦) بودرى وڤال فقرة ١٢٨٧ — پلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٥ ص ٥٣٩— محمد على راتب فقرة ٣٥٧ ص ٩٠١ .

(٧) وقد قضى بأن قاضى الأمور المستعجلة مختص فى حالة الاستعجال بنظر دعوى إقالة الحارس من الحراسة ، ولو كانت دعوى الموضوع التى ترتب عليها تعيين الحارس منظورة أمام محكمة الاستئناف (كفر الزيات ٦ يناير سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٦٩ ص ٤٧) — وانظر استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٨٣ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٧ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨ .

(٨) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعنين الثلاثة الأولين أقاموا =

الإجراء ما يكفى وأن فيه مصلحة لطرفى الخصومة . ويجوز فى هذه الحالة للحارس المعزول استئناف الحكم بعزله ، ولو لم يتعرض هذا الحكم للاتهامات المسندة إليه مادام أنه لم ينفها عنه[١] . أما إذا رأت المحكمة أن المطاعن غير جدية ، أو أنها ليست من الخطورة بحيث تستدعى عزل الحارس كأن نسب إليه أنه تأخر فى تقديم كشوف الحساب أو فصل أحد العمال بغير حق أو رفض إعطاء عامل شهادة بإخلاء الطرف عند فصله[٢] ، أو أن ظاهر المستندات لا يكفى فى ترجيح إحدى وجهتى النظر على الأخرى وأن الأمر يحتاج إلى فحص موضوعى كالتحقيق أو ندب خبير أو توجيه اليمين أوتطبيق المستندات على الطبيعة ، فإنها تقضى فى جميع هذه الأحوال بعدم الاختصاص لانعدام عنصر الاستعجال . ومن ثم يبقى الحارس ، وعليه أن يؤدى حساباً لذوى الشأن ، ولهم مقاضاته أمام محكمة الموضوع المختصة بنظر الحساب ، وهذه المحكمة هى التى تقوم بالفحص الموضوعى من تحقيق وتعيين خبير وما إلى ذلك[٣] .

وبمجرد صدور الحكم بعزل الحارس ، يفقد صفته دون حاجة لإعلانه بهذا الحكم ، كما كسب صفته بمجرد صدور الحكم بتعيينه . وجميع التصرفات التى يجريها بعد صدور الحكم بعزله تعتبر صادرة خارج حدود نيابته .

= الدعوى بطلب عزل المطعون عليه من الحراسة على السيارة موضوع النزاع ، تأسيساً على أنه خالف الحكم القاضى بتعيينه إذ انفرد بقبض بعض مبالغ عن إيراد السيارة واستباحها لنفسه ، وكان الحكم المطعون فيه ، إذ استبعد البحث فى الأوراق المقدمة من المطعون عليه والتى طعن أحد هؤلاء الطاعنين فيها بالتزوير ، قرر أن الدعوى خلو من الدليل المثبت لها ، مع أنه باستبعاد هذه الأوراق يبقى فى الدعوى ما يؤسسها عليها الطاعنون من أن المطعون عليه قبض مبالغ من الشركة المستغلة للسيارة ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها ، مستدلين على ذلك بالكشف الصادر من هذه الشركة ، وهو ما أخذ به الحكم الابتدائى وخلا الحكم المطعون فيه من التحدث عنه ، فإن هذا الحكم يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه ، إذ هو اطرح الدليل الذى اعتمد عليه الطاعنون دون أن يبين سبب هذا الاطراح مع لزوم هذا البيان (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٣ ص ٩٨٤) .

(١) نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٥ ص ١٦١٢ – استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ .

(٣) محمد على راتب فقرة ٣٥٧ ص ٨٩٩ – ص ٩٠٠ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٧ – فقرة ٣٣٩ – ولا يكفى توجيه مطاعن غامضة غير محددة على إدارة الحارس (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٥) .

الفصل الثانى

آثار الحراســـة

(التزامات الحارس وحقوقه)

٤٥٥ — نص قانونى — بيان التزامات الحارس وحقوقه : تنص المادة ٧٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة ، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لاتتعارض فيه مع الأحكام الآتية »(١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٩٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٣ — ولامقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣/٧٢٠(٢) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٨ — ص ٢٨٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٦٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣/٧٢٠ : إن حقوق الحارس وموجباته تحدد فى قرار المحكمة القاضى بتعيينه ، وإلا فهى تخضع للقواعد المختصة بالحارس الاتفاق . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا النص أنه إذا كانت الحراسة اتفاقية ، فإن عقد الحراسة يبين سلطة الحارس وما عليه من التزامات وما له من حقوق . أما إذا كانت الحراسة قضائية، فإن الحكم القاضى بالحراسة هو الذى يبين ذلك . وقد ينص، فى منطوقه أو فى أسبابه ، على تضييق سلطة الحارس ، كأن ينص على حق الحارس فى زراعة الأطيان الموضوعة تحت الحراسة أوفى تأجيرها بالمزاد العلنى ، فلايجوز تأجيرها بالممارسة[١] ، أو فى التأجير مدة لاتزيد على سنة بدلا من ثلاث سنوات، أوينص الحكم على عمل الجرد بشكل معين أوبحضور أشخاص معينين ، أوعلى منع الحارس من بعض أعمال الإدارة بالذات ، أو على ضم حارس آخر إليه بحيث لايجوز لأيهما الانفراد بالعمل[٢] . وقد ينص الحكم على توسيع سلطة الحارس ، كأن يجيز له التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو الانفراد بالعمل مع وجود حارس منضم ، أوالإعفاء من التقدم بحساب سنوى والاكتفاء بحساب عند انتهاء الحراسة ، أو القيام ببعض أعمال التصرف كإجراء تحسينات فى الأعيان أو بيع ما يكون معرضاً للتلف أو ما يتكلف حفظه نفقات جسيمة[٣] . ويجب فى جميع الأحوال أن يلتزم الحكم ، فى بيان سلطة الحارس ، حدود الإجراءات التحفظية الموقتة دون مساس بموضوع الحق[٤] .

فإذا خلا الاتفاق أو الحكم من بيان سلطة الحارس وما عليه من التزامات وما له من حقوق ، فإن القانون قد تكفل ببيان ذلك . والأصل هو تطبيق

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤٥ .

(٢) محمد على راتب فقرة ٣٤٦ ص ٨٨١ .

(٣) كذلك يجوز للمحكمة تعديل مأمورية الحارس القضائى إذا تغيرت وقائع الدعوى أو حصل تعديل فى مركز الخصوم القانونى . فإذا كان حكم الحراسة قد قضى بإلزام الحارس بإيداع صافى ريع الأموال الموضوعة تحت الحراسة خزانة المحكمة لوجود نقود فى الشركة تكفى لوفاء دين البنك ، ثم شرع البنك فى نزع ملكية الأطيان المرهونة ، جاز تعديل مأمورية الحارس والترخيص له فى وفاء الدين من الريع بدلا من إيداع الريع خزانة المحكمة (محمد على راتب فقرة ٣٥٨) . وقضى بأنه يجوز مد الحراسة إلى الزراعة المحجوز عليها والقائمة على الأرض الموضوعة تحت الحراسة ، وذلك لجمعها وبيعها (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٠) .

وانظر فى هذه المسألة محمد على راتب فقرة ٣٥٨ .

(٤) عبد الحكيم فراج فقرة ٢٧٦ .

أحكام الوديعة وأحكام الوكالة ، مع عدم الإخلال بالأحكام التي أوردها في نصوص سيأتي ذكرها .

ويمكن أن يستخلص من هذه النصوص ومن أحكام الوديعة والوكالة أن الحارس يلتزم بما يلتزم به المودع عنده وبما يلتزم به الوكيل ، وهذه الالتزامات هي التي تحدد في الوقت ذاته سلطته . وللحارس حقوق المودع عنده وحقوق الوكيل .

ولما كانت التزامات المودَع عنده هي تسلم الشيء والمحافظة عليه ورده ، وكانت التزامات الوكيل تنفيذ الوكالة (وتنفيذ الوكالة في الحراسة هو إدارة الأموال) وتقديم حساب عنها ورد ما يكون للموكل عند الوكيل ، فإنه يخلص من إدماج هذه الالتزامات بعضها ببعض أن الحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، يلتزم بما يأتي : (١) تسلم المال والمحافظة عليه . (٢) إدارة المال . (٣) تقديم الحساب . (٤) رد المال[١] .

ولما كانت حقوق المودَع عنده هي تقاضي الأجر واسترداد المصروفات والتعويض ، وكانت حقوق الوكيل هي نفس حقوق المودَع عنده ، فإنه يخلص من ذلك أن حقوق الحارس ، قضائيا كان أو اتفاقيا ، هي : (١) تقاضي الأجر . (٢) استرداد المصروفات والتعويض[٢] .

فنبحث : (أولا) التزامات الحارس . (ثانيا) حقوق الحارس[٣] .

---

(١) ويقوم التضامن فيما بين الحراس المتعددين في هذه الالتزامات ، في الحدود التي يقوم فيما بين الوكلاء المتعددين (انظر آنفاً فقرة ٢٦٠) ، إذ أن أحكام الوكالة تسري على الحراسة فيما لا تتعارض فيه مع نص خاص .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « يحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة التزامات الحارس وحقوقه . فإذا لم يحدد شيء من ذلك ، تسري في شأنه أحكام المواد ١٠٢٠ إلى ١٠٢٤ . وتكمل أحكام هذه المواد بأحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي يتفق مع طبيعة الحراسة ، لأن الحارس منوط به حفظ الشيء كالوديع ، وإدارته كالوكيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٨) .

ويقوم التضامن فيما بين طرفي الخصومة نحو الحارس كما سنرى (انظر ما يلي فقرة ٤٧٩) .

(٣) والذي يطالب الحارس بالتزاماته ويطالبه الحارس بحقوقه هو صاحب المال الموضوع تحت الحراسة ، أو من يظهر أنه صاحب المال بعد حسم النزاع ، ويكون ذلك عادة بعد انتهاء الحراسة ورجوع المال لصاحبه .

الفرع الأول
التزامات الحارس

المبحث الأول
تسلم المال والمحافظة عليه

٤٥٦ — نص قانونى : تنص المادة ٧٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وبإدارة هذه الأموال . ويجب أن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد » .

« ٢ — ولا يجوز له ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، أن يحل محله فى أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن ، دون رضاء الآخرين »[1] . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها دون نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٠٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٤ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ١/٧٢٢ والمادة ٧٢٦[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية طفيفة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٧٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٨٩ — ص ٢٩١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٧٢٢ : يقوم الحارس بحفظ الشىء وبإدارة شئونه .

م ٧٢٦ : إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص ، فالتضامن يوجد حتماً بينهم طبقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

٤٥٧ — التزام الحارس بتسلم المال : يبدأ الحارس بتسلم المال الموضوع تحت الحراسة ، ويتسلمه من يد حائزه . وكما أن التسلم التزام فى جانب الحارس ، هو أيضاً حق يستطيع أن يتقاضاه عند الحاجة بطريق التنفيذ الجبرى ، إذا كانت الحراسة قضائية ، بموجب حكم الحراسة بعد إعلان الحكم للحائز وتكليفه بالتسليم[1] .

ويقوم بجرد المال عند تسلمه ، أو يراجع محضر الجرد الذى يكون قد حرر من قبل[2] . ويثبت فى المحضر المال الذى نص الحكم على فرض الحراسة عليه وتوابعه على النحو الذى بيناه فيما تقدم[3] .

وقد يكون التسلم حكمياً بأن يكون المال موجوداً فى يد الحارس من قبل ، كما إذا كان أحد الخصمين هو الذى عين حارساً وكان المال فى يده ، فيبقى المال فى يده ولكن على سبيل الحراسة .

ولما كانت الحراسة لا تنقل ملكية المال إلى الحارس ، بل يبقى المال ملكاً لصاحبه أو لمن سيحكم له بالملك بعد حسم النزاع ، فإن تبعة هلاك المال بعد التسليم تكون على المالك ، وقد قدمنا مثل ذلك فى الوديعة[4] .

٤٥٨ — التزام الحارس بالمحافظة على المال : ويلتزم الحارس بالمحافظة على المال الذى تسلمه ، والتزامه بالمحافظة عليه كالتزام المودع عنده بالمحافظة على المال المودع التزام ببذل عناية . وقد وضع المشرع معياراً لهذه العناية هو « عناية الرجل المعتاد » ، إذ يقول فى الفقرة الأولى من المادة ٧٣٤ مدنى سالفة الذكر : « ويجب أن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد » . وفى هذا تختلف الحراسة عن الوديعة ، فقد قدمنا فى الوديعة أنه يجب التمييز بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر فيجمع ما بين المعيارين الشخصى والمادى ويكون المودع عنده ملزماً بأن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله فى حفظ ماله دون

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥١ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨١ — محمد على راتب فقرة ٣٤٠ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٠ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٤٨ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٥٣ .

أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، وبين ما إذا كانت الوديعة بأجر فيكون المعيار مادياً ويجب على المودع عنده أن يبذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد[1]. أما هناك فى الحراسة فالمطلوب من الحارس فى جميع الأحوال — أى سواء كان الحارس بأجر كما هو الغالب أو كان بغير أجر كما يقع فى بعض الأحيان — هو أن يبذل عناية الرجل المعتاد . فإذا لم يبذل هذه العناية ، حتى لو أثبت أن العناية الأقل التى بذلها فعلا هى العناية التى يبذلها فى حفظ مال نفسه ، كان مع ذلك مسئولا ، لأنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية . ومن هنا نرى أن مسئولية الحارس فى المحافظة على المال تزيد فى مجموعها على مسئولية المودع عنده ، ويظهر ذلك فيما إذا كان الحارس غير مأجور وكانت عنايته الشخصية تقل عن عناية الرجل المعتاد إذ يبقى مع ذلك ملزماً ببذل عناية الرجل المعتاد . ويعلل ذلك عادة بأن الحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، بخلاف المودَع عنده ، مفروض إلى حد ما على طرفى النزاع بحكم ظروف المنازعة ، فليس لهذين الحرية الكاملة فى وضع المال تحت الحراسة ولا فى اختياره ، ومن ثم تشدد المشرع فى مسئوليته[2] .

وتطبيقاً لذلك يلتزم الحارس بصيانة المال الموضوع تحت حراسته . فإن كان أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يزرعها طبقاً للأصول المألوفة فى الزراعة ، أو أن يؤجرها ويطالب المستأجر ببذل عناية الرجل المعتاد فى صيانة الأرض وزراعتها . وإن كان مبنى ، وجبت عليه صيانته وحفظه من التداعى والسقوط . وإن كان آلات أو بضائع أو منقولات ، وجب عليه حفظها من

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٥٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال وإدارتها إدارة حسنة ، فيطلب منه أن يبذل فيهما عناية الرجل المعتاد (م ١٠٢ فقرة أولى) ، ولا يكتفى منه بالعناية التى يبذلها عادة فى شؤونه الشخصية إذا كانت دون المتوسط كما فى الوديعة والوكالة . وذلك لأن ظروف المتنازعين هى التى فرضته إلى حد ما عليهم ، فلم يملك كل منهما ملء حريته فى وضع المال تحت الحراسة وفى تعيين شخص الحارس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٠) . وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٧ — محمد على رشدى فقرة ٢٧٤ — محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٧٠ وهامش ١ (عكس ذلك محمد على راتب الطبعة الثالثة فقرة ٨٣٦) — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢١ — وقرب استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٨٧ .

التلف والهلاك والضياع[١] . ويجب عليه ألا يقتصر فى الحفظ على الأعمال المادية ، بل يجاوز ذلك إلى اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على المال . فيقطع التقادم ، ويقيد الرهن ، ويجدد القيد ، ويوقع الحجوز التحفظية ، ويرفع الدعاوى المستعجلة ودعاوى الحيازة[٢] ، ويدافع فى القضايا التى ترفع على الحراسة[٣]. وإذا كان حارساً على تركة وجب عليه رفع دعاوى إبطال الهبات الصادرة من المورث إضراراً بحقوق الدائنين[٤]، أو حارساً على عقارات المدين لصالح الدائنين وجب عليه رفع دعاوى الصورية فى التصرفات التى صدرت من المدين إضراراً بالدائنين وكذلك الطعن فى التصرفات التى صدرت من المدين مخالفة للقانون أوعن طريق التواطؤ [٥] . وإذا تصرف الحارس فى المال الموضوع تحت حراسته أوفى ريعه ، اعتبر مبدداً وعوقب بالمادة ٣٤١ من قانون العقوبات . وإذا نزل عن عناية الرجل المعتاد فنجم عن ذلك ضرر ، كان مسئولا عن التعويض لمن يثبت له الحق فى المال بعد حسم النزاع[٦] .

---

(١) وإذا كانت مصابة ببعض التلف ، وجب عليه منع تفاقمه وإصلاحه (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للحارس على عقارات إجراء ما يجب لصيانتها من أي اعتداء ورفع دعاوى الحيازة (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ — محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٧٦٨ هامش ٣) . ولم تفصل محكمة النقض فى هذه المسألة لأن الطعن بالنقض ليس جائزاً فى حكم يصدر من محكمة استئنافية لمحكمة جزئية (نقض مدنى ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٨) .

(٣) استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٥ ص ٧ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣ — محمد على راتب فقرة ٣٤١ .

(٤) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣ — محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ .

(٥) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٦٥— عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٣— محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ — وانظر عكس ذلك استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٢٧٣ — أما إذا كانت التصرفات الصادرة من المدين لا مطعن عليها، فإنه يجب على الحارس احترامها وتنفيذها (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٩ — محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ هامش ٢) .

(٦) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٤ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص ٣٥٣ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٥ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ —

ويأخذ الحارس النفقات اللازمة للمحافظة على المال على الوجه السالف الذكر من نفس المال أومن ريعه ، وإذا لم يوجد فى يده نقد للصرف منه ولم يمده أصحاب الشىء بالنقود اللازمة جاز له الاقتراض بغير فائدة أو بفائدة . ويشترط فى جميع الأحوال أن يراعى القصد فى الانفاق ، فلا يغالى فيه[1].

٤٥٩ – عدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن فى المحافظة على المال :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٣٤ مدنى تنص على ما يأتى : « ولا يجوز له (للحارس) ، بطريق مباشر أوغير مباشر ، أن يحل محله فى أداء مهمته ، كلها أو بعضها ، أحد ذوى الشأن ، دون رضاء الآخرين » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : « وعلى كل حال لا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من حفظ المال أو إدارته كله أو بعضه ، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كالتنازل إليه عن الحراسة أو إيداع المال لديه ، أم بطريق غير مباشر كالتأجير إليه ، إلا إذا كان ذلك برضاء ذوى الشأن »[2] .

ويخلص من ذلك أنه لا يجوز للحارس أن ينزل عن مهمته فى حفظ المال لأحد من طرفى النزاع ، ولا يجوز له أن يودع هذا المال أحداً منهما ، وذلك ما لم يرض الطرف الآخر ، فإن فى تسليط أحد طرفى النزاع على حيازة المال أو على أعمال حفظه وصيانته دون رضاء الطرف الآخر ، قبل الفصل فى موضوع النزاع ، خطراً على مصالح الطرف الآخر ، وهو نفس الخطر

= ص ٤٠٥ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٤–١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣١ – مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ – محمد على رشدى فقرة ٢٧٤ ص ٣٧٦ – وإذا ترك الحارس الأجرة تسقط بالتقادم ، كان مسئولا (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣١) .

(١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ – فلا يجوز له إجراء تحسينات فى العين بغير إذن من القضاء أوموافقة من ذوى الشأن ، أو أن ينفق مصروفات كمالية (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٨) . وانظر فى ذلك محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢ – والنص مأخوذ من المادة ١٨٢٦ من تقنين كوزيبك وتنص على أنه « لا يجوز تأجير الشىء الموضوع تحت الحراسة ، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، لأحد طرفى المنازعة التى قامت فى شأنه » . فعمم النص ولم يقتصر على التأجير ، بل شمل جميع الأعمال التى تصدر من الحارس .

الذى أريد تفاديه بوضع المال تحت الحراسة ، فلايجوز للحارس أن يأ‍ عملا يتعارض مع الغرض الأساسى من الحراسة(١) .

أما إذا كان من يكل إليه الحارس حفظ المال أو بعضه ليس أحداً من طرفى النزاع ، فإن نص المادة ٢/٧٣٤ مدنى لايشمل هذا الفرض ، فوجب الرجوع إلى أحكام الوديعة فى ذلك . وتنص المادة ٧٢١ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع ، إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة ». فلا يجوز إذن للحارس أن ينيب عنه أجنبياً من غير ذوى الشأن فى حفظ المال إلا بموافقة ذوى الشأن جميعاً ، أو إلا إذا اضطر إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة(٢) .

٤٦٠ — الحارس وحده هو ذو الصفة فى جميع أعمال الحفظ :

والمحافظة على المال على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم هو التزام فى ذمة الحارس ، وهو فى الوقت ذاته ولاية له وسلطة ، يتولاها وحده دون المالك للمال ، ويترتب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ عن أعمال الحفظ يكون الحارس وحده هو ذو الصفة فى رفعها منه أوفى رفعها عليه . ولايجوز رفعها من مالك المال ولاعليه ، لانعدام صفته . وهذا الحكم مستخلص من معنى الحراسة ، إذ الحراسة غل ليد المالك فيما هو من شؤونها . ومن أهم هذه الشؤون حفظ المال ، فيكون للحارس وحده دون المالك الولاية على هذا الحفظ(٣) .

---

(١) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٩ — محمد على راتب فقرة ٣٤٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٦٠ — مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ — ويجوز للحارس أن يستعين بالموظفين اللازمين لمعاونته فى القيام بأعمال الحفظ والإدارة (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤) .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ — محمد على راتب فقرة ٣٤١ ص ٨٦٩ — ص ٨٧٠ وفقرة ٣٥٤ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٧١ .

ولكن ذلك لا يسلب من كان واضعاً يده قبل الحراسة على المال حيازته إياه ، ويترتب على ذلك أن الحراسة لا تقطع التقادم ، فالحائز قبل الحراسة يستمر حائزاً بعدها ، ويستمر سريان التقادم لمصلحته ولا ينقطع برفع يده بسبب الحراسة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عين البنك العقارى حارساً على أرض للمحافظة على حقوق الدائنين ، وتسلم هذه الأرض ، وارتفعت يد حائزها عنها ، فإن ذلك لا يصح اعتباره قطعاً للتقادم ، لأن وضع يد البنك على الأرض بهذه

ويؤكد ذلك ما قدمناه من أنه لايجوز للحارس أن يعهد لأحد من ذوى الشأن فى القيام بأى عمل من أعمال حفظ المال وصيانته(١).

المبحث الثانى

إدارة المال

٤٦١ — **نص قانونى** : تنص المادة ٧٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لايجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء »(٢) .

ولامقابل للنص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن هذه الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

= الصفقة لم يكن ملحوظا فيه أن ينتفع بها البنك نفسه ، بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى قد تمسك بوضع يده المدة الطويلة المكسبة للملك على القدر المبيع له بمقتضى عقد عرفى ثابت التاريخ قبل سنة ١٩٢٤ حتى انتزعه من تحت يده مشتر آخر بمقتضى عقد مسجل ، ودفع هذا المشترى الآخر بانقطاع التقادم المدعى به بوضع الأطيان المتنازع عليها تحت الحراسة لدين عليها للبنك ، فأخذت محكمة الاستئناف بهذا الدفع ، واعتبرت الحراسة قاطعة للتقادم على أساس أنها لم تكن لحساب المشترى الأول بل كانت لمصلحة البنك ولحساب البائع . ومع ذلك لم تبين فى حكمها سبب وضع الأطيان تحت الحراسة ، ولا نوع هذه الحراسة ، ولا اليد التى انتزعت منها الأطيان ، ولا تاريخ هذا الانتزاع ، ولا تاريخ انتهاء الحراسة ، ولا الغرض منها ، ولا الكيفية التى جرى عليها الحساب بين المشترى الأول والبائع لمعرفة ما إذا كان البائع حاسب هذا المشترى على ما استحق له من غلة العين مدة الحراسة وما استحق له هو من أقساط الثمن مما قد يدل على صحة ما ادعاه المشترى من أن هذه الحراسة لم تخرج العين من يده قانوناً وأنها لذلك لا تقطع التقادم ، فهذا قصور فى بيان الظروف الواقعية لا تستطيع معه محكمة النقض أن تراقب الحكم فيما كيف به الحراسة ، وتقف على صحة ما ارتآه فيها من اعتبارها قاطعة للتقادم (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠١ ص ٢٩٧) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ — محمد على راتب فقرة ٣٤٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٧٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩١ — ص ٢٩٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٠١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٥ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٧٢٢ — ٧٢٣ و٧٢٥ — ٧٢٦[1] .

ويضاف إلى النص المتقدم نص المادة ٧٣٤ مدنى سالف الذكر ، وهو يقضى بأن يلتزم الحارس بإدارة الأموال المعهودة إليه حراستها ويجب أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد ، ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل محله فى أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن دون رضاء الآخرين[2] .

ويخلص من كل ذلك أن الحارس يلتزم بإدارة المال ، وأن هذا الالتزام هو فى الوقت ذاته سلطة . فللحارس سلطة واسعة فى الإدارة ، وسلطة محدودة فى التصرف ، وهو لا يستطيع أن ينزل عن سلطته لأحد ذوى الشأن دون رضاء الآخرين ، ويكون له وحده دون المالك الصفة فى مباشرة ما يدخل فى سلطته ، فهذه مسائل أربع نبحثها على التعاقب.

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٠١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٢٢ : يقوم الحارس بحفظ الشيء وبإدارة شؤونه ويلزمه أن ينتج كل ما يمكن إنتاجه منه .

م ٧٢٣ : لا يجوز للحارس أن يقوم بأى عمل من أعمال التفرغ أو الانتقال ، ما خلا الأعمال الضرورية منها لمصلحة الشيء المحبوس — وإذا كانت الحراسة واقعة على أشياء قابلة التلف ، جاز أن تباع بترخيص من القاضى ، فيكون حينئذ موضوع الحراسة بدل البيع .

م ٧٢٥ : إذا كانت الحراسة غير مجانية ، فالحارس مسئول عن كل خطأ فى إدارته ، وفاقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

م ٧٢٦ : إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص ، فالتضامن يوجد حتما بينهم طبقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن مسئولية الحارس غير المأجور فى التقنين اللبنانى أخف من مسئوليته فى التقنين المصرى) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٦ .

٤٦٣ – **سلطة الحارس فى الإدارة** : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة ، كالإيجارات التى لاتزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة »[١]. فالحارس ، قضائياً كان أو اتفاقياً ، نائب عن صاحب المال فى أعمال الإدارة ، وسلطته فى هذه الأعمال هى سلطة الوكيل وكالة عامة[٢] . وقد رأينا أن المادة ٧٠١ مدنى تنص فى هذا الصدد على أن « ١ – الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة . ٢ – ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ ، والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) وترتيباً على ذلك يكون للحارس على مال موقوف – كما تقول محكمة النقض – من السلطة ما للناظر عليه ، فهو يملك التحدث عن شؤون الوقف ، إلا أن يحد الحكم الذى أقامه من مهمته . فإذا كان الحكم الذى أقام الحارس لم يقيده فى الإدارة ، فإنه يكون له – كناظر الوقف – سلطة الترخيص بغير إذن من القاضى فى إحداث بناء فى الوقف ليكون لجهة الوقف متى كان فى ذلك مصلحة تعود على الوقف أو على المستحقين (نقض ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت أيضاً بأنه متى قضى بإقامة حارس قضائى على أعيان وقف ، وخوله الحكم الذى أقامه إدارة هذه الأعيان ، فإنه يصبح بمثابة ناظر مؤقت ، ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف أمام القضاء ، ولا يملك التحدث فى شؤون إدارة الوقف سواه (نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) . وقضت أيضاً بأن المادة الثانية من القانون ٢٤٧ سنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية تنص على أنه إذا كان الوقف على جهة بر ، كان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف ، ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم ، كما تقضى الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الرابعة من القانون المذكور بأن على من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء نظارته ، وبأن ناظر الوقف يعد حارساً عليه حتى يتم تسليم أعيانه . وإذن فمتى كان الطاعن لم يعين بالاسم فى كتاب الوقف ناظراً عليه ، فقد زالت صفته كناظر للوقف ، وإن بقيت له صفة الحراسة طالما أنه لم يثبت بالأوراق قيامه بتسليم أعيان الوقف لوزارة الأوقاف . وهذه الصفة تخول له حق الطعن بالنقض فى الحكم الصادر ضد الوقف لما فى اتخاذ هذا الإجراء فى ميعاد معين من دفع ضرر يحيق بالوقف ، ولكن ورثة هذا الحارس لا تنتقل إليهم صفة الحراسة (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤١ ص ٨٣٥) .

وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله »[1] .

فنى الصدر من أعمال الإدارة التى يقوم بها الحارس الإيجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات[2] . ويجوز كما قدمنا[3] أن يضيق حكم الحراسة أو الاتفاق من هذه السلطة أو أن يوسع فيها ، فلا يجيز للحارس مثلا أن يؤجر لأكثر من سنة أو يجيز له أن يؤجر لمدة تزيد على ثلاث سنوات . وإذا سكت الحكم أو الاتفاق عن تعيين المدة ، كان للحارس أن يؤجر لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ، لأن الحارس لا يملك إلا حق الإدارة . وتنص المادة **٥٩٩** مدنى فى هذا المعنى على أنه « لايجوز لمن لايملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة . فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ، انقصت المدة إلى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره » . ويخلص من هذا النص أن للحارس ، حتى إذا لم يعطه حكم الحراسة السلطة فى التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أن يؤجر لمدة أزيد بشرط أن يحصل على إذن فى ذلك من المحكمة التى عينته[4] . وقد جرى العرف فى الحراسة أن يكون التأجير بطريق المزاد العلنى دفعاً لكل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد كانت سلطة الحارس فى التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات محل خلاف فى عهد التقنين المدنى القديم ، فرأى يستوجب إذناً خاصاً فى ذلك (استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٩) ، والرأى الراجح كان الجواز دون إذن خاص (محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧١ هامش ٢) . وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف وأجاز للحارس التأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات دون إذن خاص، وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة كالإيجارات التى لا تزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٤) أى قاضى الأمور المستعجلة أو محكمة الموضوع بحسب الأحوال . وترى جواز الحصول على الإذن هنا بأمر على عريضة . وعندما كانت المحاكم الشرعية قائمة ، قضى بأنه فى حالة تأجير أعيان الوقف لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، يحصل الحارس على الإذن من المحكمة الشرعية لا من المحكمة المدنية (المنصورة المختلطة ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ جازيت ٢٨ رقم ١٥١ ص١٦٧) . والصحيح أن الحارس يحصل على الإذن من المحكمة المدنية التى عينته فى جميع الأحوال ، ولو كانت العين المؤجرة عيناً موقوفة (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٩) .

شبهة ، فإذا أجر الحارس بالممارسة وجب عليه أن يثبت أنه كان مضطراً إلى ذلك[١] . وقد يقيده حكم الحراسة بأن يكون التأجير دائماً بالمزاد العلنى ، كما سبق القول[٢] . ومادام الحارس يملك سلطة التأجير ، فإنه يملك تبعاً لذلك سلطة قبض الأجرة وإعطاء المخالصة بها ، ورفع الدعوى ضد المستأجر لمطالبته بها ولإخراجه من العين المؤجرة ولغير ذلك من الأمور التى تستند إلى عقد الإيجار[٣] . ولكن لا يجوز للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر ، أو أن ينزل عن جزء من الأجرة ، لأن هذه من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة فتقتضى موافقة ذوى الشأن أو إذن المحكمة[٤] .

ويجوز للحارس أن يزرع الأطيان الموضوعة تحت الحراسة بنفسه إذا وجد أن هذه هى خير طريقة للاستعمال ، أو إذا لم يتقدم مستأجر يعرض الأجرة المناسبة . وفى هذه الحالة يدخل بعض أعمال التصرف فى سلطة الحارس بطريق التبعية لأعمال الإدارة ، فيجوز له أن يشترى البذور والسماد والمواشى

---

(١) كأن يثبت أنه لا يوجد إلا مستأجر واحد يمكن التأجير له ، أو أن طريقة الممارسة هى الطريقة الممكنة فى الجهة المنعزلة التى توجد فيها الأطيان (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٧ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤١ – محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧١ هامش ٢) . وإذا كان التأجير بالممارسة ، كان للحارس أن يختار الشخص الذى يؤجر له ، بشرط أن يراعى فى اختياره المصلحة (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣) ، فإذا أجر بغبن فاحش كان مسئولا عن الضرر الذى نشأ من سوء إدارته (استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٦ ص ٣٦٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٠ – ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢ – ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٣ – ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥ – ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ – ولا يجوز للمالك تحويل الأجرة بعد وضع الحراسة (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٦) ، كما لا يجوز لناظر الوقف أن يحول ريعه بعد الحراسة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٠) ، ولا أن يقبض المستحق الخيرات (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣) .

(٤) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٣ – انظر عكس ذلك وأن للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة : استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٢٠ – وانظر عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٢ – ص ٣٤٣ .

ولا يجوز للحارس أن يبرم إيجاراً يخرج عن حدود الإدارة الحسنة (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٦٤) .

والآلات اللازمة للزراعة ، كما يجوز له أن يبيع المحصول(١) .

ويدخل فى سلطة الحارس ، كعمل من أعمال الإدارة ، استيفاء الحقوق وإعطاء مخالصات بها للمدينين بإيداع المقبوض لحساب صاحب المال . وله أن يقبض الحقوق قبل حلول أجلها دون استنزال شىء منها ، ولكن لا يجوز أن يؤجل دفعها إلا بإذن خاص . ويرفع الدعاوى ، ويتخذ الإجراءات اللازمة لاستيفاء الحقوق ، ومن ذلك توقيع الحجوز المختلفة(٢) . كذلك يوفى الحارس الديون مما يكون بيده من أموال أومن ريع هذه الأموال . وللحارس أن يستوفى الحقوق ويوفى الديون بمقابل ، إذا كان الوفاء بمقابل فيه مصلحة ، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق ، وأن يصالح على الدين إذا كان فى الصلح مصلحة واضحة ولا سبيل إلى اقتضاء الحق بدونه(٣) .

ويدخل فى أعمال الإدارة أيضاً التأمين من الحريق ومن السرقة وغير ذلك من ضروب التأمين التى جرى العرف بأن تعتبر من أعمال الإدارة اليقظة ، بل إن هذه تعتبر كذلك من أعمال الحفظ والصيانة ، فتدخل بهاتين الصفتين فى سلطة الحارس . ويمكن القول بوجه عام إن جميع أعمال الإدارة المخولة

---

(١) وله أن يقترض من المال ما يلزم لإنجاز هذه الأعمال إذا لم يقدم الخصوم له هذا المال (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩) . ويعتبر داخلا فى أعمال الإدارة شراء الحارس الفحم والسماد (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٢) ، وبيع المحصول المستقبل لشراء البذور (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١) . ومع ذلك فليس الحارس ملزماً بزراعة الأرض بنفسه ، وقد قضى بأنه ليس ملزماً بأن ينفق من ماله الخاص على زراعة الأرض المؤجرة والموضوعة تحت الحراسة ، خصوصاً مع وجود المعدات اللازمة لإدارتها من قبل المستأجر والضامن له ، ومن عدم وجود أموال لديه للصرف ، ولضعف تربة الأرض مما ترجح معه الخسارة ، وكل ماهو مسئول عنه هو إدارتها بطريقة حسنة سواء بالتأجير أو بغيره (شبين الكوم الكلية ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٢١٤ ص ٤٢٧) .

(٢) وقد قضى بأن للحارس رفع الدعاوى لحفظ الحقوق والدفاع فى القضايا التى ترفع على هيئة الحراسة (استئناف مصر ٥ مارس سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ٧٩ ص ١٥) ، وله أن يطعن فى عقود الإيجار الصورية أو المعقودة غشاً (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٥) .

(٣) وقد قدمنا أنه لا يجوز للحارس أن يبرم صلحاً مع المستأجر (انظر آنفاً نفس الفقرة) ، على اعتبار أن الأجرة لها ضمانات تكفلها وتجعل الصلح لا ضرورة له . ومع ذلك فقد رأينا أن هناك من يذهب إلى جواز الصلح مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة (انظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش) .

للوكيل وكالة عامة ، والتي بسطناها تفصيلا فيما تقدم[1] ، تدخل في سلطة الحارس[2] .

وللحارس أن يستعين بالموظفين والعمال الذين يحتاج إليهم في أعمال الإدارة[3] .

وينفق الحارس لأعمال الإدارة ، كما ينفق لأعمال الحفظ ، من المال الذي تحت يده أو من ريع هذا المال . وإذا اقتضت الضرورة ، أن يقترض بغير فائدة أو بفائدة ، جاز له ذلك ، ما لم يمده أصحاب الشأن بالمال اللازم له[4] .

وكما يجب على الحارس أن يبذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المال ، كذلك يجب عليه بذل نفس هذه العناية في إدارته ، ويستوى في ذلك أن يكون الحارس مأجوراً أو غير مأجور . وقد بينا فيما تقدم أن مسئولية الحارس أشد من مسئولية المودَع عنده فيما يتعلق بأعمال الحفظ[5] ، والآن نقرر أن

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وذلك ما لم تقيد سلطته في الإدارة على الوجه الذي سبق بيانه (قارن محمد على عرفة ص ٥٤٤) . وقد قضى بأن تعيين الحارس يفقد المالك السبب القانوني في وضع يده على العقار المشترك ، ويحرمه من حق الانتفاع والاستغلال إلا عن طريق الحارس ، وبمقدار صافي الريع بعد تنفيذ حكم الحراسة ، والتأجير لشخص دون آخر هو من عمل الحارس لا يجبر عليه بل يراعى فيه مصلحة من يمثلهم (مصر مستعجل ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١٣٨ ص ١٦) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٧ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤ – وله أن يستبقى ناظر العزبة القديم (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦) .

(٤) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ – وقد قدمنا أنه يجوز للحارس بيع المحصول المستقبل ليشترى بثمنه البذور والسماد والمواشي والأدوات الضرورية ومبيدات الحشرات اللازمة للزراعة (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣ – وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . وله بوجه عام أن يتخذ من الإجراءات ما يمكنه من استغلال العين ، ويدخل في ذلك الدعاوى المستعجلة والدعاوى الموضوعية (مصر مستعجل ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٧٧ ص ٦٤٣ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٣) .

ولكن ليس له قبض المبالغ التي قدمها المستأجر تأميناً لناظر الوقف وحجز عليها تحت يده (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١١) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٥٨ .

مسئوليته فى أعمال الإدارة أشد من مسئولية الوكيل ، إذ هو بخلاف الوكيل مفروض بحكم ظروف المنازعة على أصحاب الشأن . ذلك أن الوكيل لا يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إلا إذا كان مأجوراً ، فإذا كان غير مأجور لم يلتزم إلا ببذل العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلفه فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد(١) . أما الحارس فيجب عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد ولو زادت على عنايته فى أعماله الخاصة ، وذلك سواء كان مأجوراً أو غير مأجور . فإذا نزل عن هذا القدر من العناية ونجم عن ذلك ضرر يصيب صاحب المال ، كان لهذا أن يرجع عليه بالتعويض(٢) .

٤٦٣ — سلطة الحارس فى التصرف : رأينا أن المادة ٧٣٥ مدنى تقضى بأنه لايجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء . والمقصود هنا أعمال التصرف ، وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . « فإذا اقتضت الظروف القيام بأعمال تجاوز أعمال الإدارة ، أو رأى الحارس فائدة من القيام بمثل هذه الأعمال ، كإجراء تحسينات فى العين أو بيع ما يكون معرضاً للتلف

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٠ .

(٢) قارن استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٧٠ — ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١١ . ومن ثم يجوز لصاحب المال اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقوقه قبل الحارس (استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٧) ، كأن يرفع دعوى إثبات حالة الأعيان الموضوعة تحت الحراسة لتحديد ما أصابها من ضرر بسبب تقصير الحارس . بل ذهب رأى إلى أنه يجوز له أن يرفع دعوى على الحارس بطلب تمكينه من إجراء الإصلاحات الضرورية اللازمة لصيانة الأعيان إذا كان الحارس قد أهمل القيام بها ، وأن يرفع دعوى مستعجلة فى مواجهة الحارس بطلب طرد المستأجر من العين المؤجرة عند تحقق الشرط الصريح الفاسخ المترتب على التأخر فى دفع الأجرة إذا كان التأخر من شأنه أن يجعل الأجرة تتراكم فى ذمة المستأجر دون أن يتخذ الحارس أى إجراء ضده (محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠١) .

وقد قضى بأن الحارس يكون مسئولا إذا تأخر دون مبرر فى بيع القطن ، وليس له أن يحتج بأنه كان يأمل صعود الأسعار ، ولكن له أن يحتج بموافقة ذوى المصلحة على تأخير البيع (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ويكون مسئولا إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لضمان يسار المستأجر ، حتى لو كان المدين نفسه هو الذى قدم هذا المستأجر (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) . وإذا عين الدائن حارساً ولم يودع المبالغ التى يقبضها خزانة المحكمة فى مواعيدها ، كان مسئولا عن الفوائد التى تدفعها الخزانة عن المدة التى تأخر فيها (استئناف مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٤) .

أو غير ذلك ، وجب على الحارس أن يحصل فى شأن ذلك على موافقة ذوى الشأن جميعاً أو على ترخيص من القضاء »[١] .

ونبدأ باستبعاد أعمال التصرف التى تدخل بطريق التبعية فى أعمال الإدارة ، كشراء البذور والسماد والمواشى والأدوات وبيع المحصول ، فهذه كما قدمنا تعتبر داخلة فى أعمال الإدارة ولاتقتضى فى مباشرة الحارس لها موافقة ذوى الشأن أو إذن القضاء . ويبقى بعد ذلك أعمال التصرف التى لا تدخل بطريق التبعية فى أعمال الإدارة ، وهذه لايجوز للحارس أن يباشرها إلا بموافقة ذوى الشأن أو بإذن المحكمة التى عينت الحارس ، وإلا كان التصرف مجاوزاً لحدود النيابة ، ولايسرى فى حق صاحب المال إلا إذا أقره . فلا يجوز إذن للحارس أن يهب المال الموضوع تحت حراسته ، ولا أن يبيعه أو يقايض عليه أو يرهنه أو يشارك به أويقرضه أويصالح عليه أو ينزل عن جزء من الحق[٢] . ولكن يجوز له أن يصالح المستأجر على الأجرة بإذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن إذا كان فى الصلح مصلحة[٣] ، كما يجوز له بإذن من القضاء أو موافقة ذوى الشأن أن يقرض المال بفائدة إذا كان هذا العمل يعود بالمنفعة ، أو يجرى تحسينات فى الأعيان ، أويبيع المنقول المعرض للتلف ، أو يبيع المنقول المعرض لتقلب الأسعار خشية أن ينزل سعره ، أويبيع المنقول الذى يكلف حفظه نفقات كبيرة[٤] . ونرى من هذا أن التصرف

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ – ١٧ يوليه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٨٨ ص ٣٤٨ – محمد على رشدى فقرة ٢٧٥ .

(٣) وقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن يبرم الحارس ، بغير موافقة أو إذن ، صلحاً مع المستأجر إذا كانت فيه مصلحة (انظر آنفاً فقرة ٤٦٢ فى الهامش) ، كما قدمنا أن للحارس أن يصالح على الدين ، بغير موافقة أو إذن ، إذا كان فى الصلح مصلحة واضحة ولا سبيل إلى اقتضاء الحق بدونه (انظر آنفاً فقرة ٤٦٢) .

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ٣٧١ – وقد قضى بأن الحراسة إجراء تحفظى تدعو إليه ضرورة المحافظة على الأشياء المتنازع عليها حتى ينتهى النزاع القائم بشأنها ، ولهذا فالأصل أن سلطة الحارس التى تحددها المحكمة فى حكم الحراسة يجب أن تقتصر على أعمال الصيانة اللازمة وأعمال الإدارة والاستغلال العاديين . إلا أن ظروفاً قد تطرأ تبيح الخروج على هذا الأصل وتستلزم الإذن للحارس فى بيع المنقولات موضوع الحراسة ، كما لو خيف عليها التلف أو هبوط القيمة أوكانت قيمتها لا تحتمل الصرف على حفظها وصيانتها ، فى هذه الحالات ومثيلاتها يجوز للقضاء بصفة استثنائية أن يمد =

الذى يؤذن للحارس فى مباشرته يجب ألا يمس أصل الحق ، ويجب فى الوقت ذاته أن يكون ذا طبيعة تحفظية حتى ينسجم مع مهمة الحارس[١] .

٤٦٤ — عدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن فى إدارة المال : وقد قدمنا عند الكلام فى التزام الحارس بالمحافظة على المال أنه لا يجوز له أن يكل بهذه المهمة لأحد من ذوى الشأن دون رضاء الباقين[٢] . وما قلناه فى الالتزام بالحفظ نقوله فى الالتزام بالإدارة ، فلا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من إدارة المال كله أو بعضه ، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كأن يعهد إليه بتأجيره للغير ، أم بطريق غير مباشر كأن يؤجره له[٣] ، إلا إذا كان ذلك بموافقة الباقين . وقد بينا العلة فى ذلك ، فنحيل إلى ما قدمناه فى هذا الصدد[٤] .

= فى سلطة الحارس وأن يجيز له بيع المنقولات على أن يودع ثمنها خزانة المحكمة (إسكندرية مستعجل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٩٠ ص ٣٧٣) . وقضى أيضاً بأن مأمورية الحارس القضائى تقتصر على الإدارة دون التصرف ، اللهم إلا فى حالات استثنائية محضة أجازها البعض ، كتخويل الحارس سلطة بيع المال الموضوع تحت الحراسة إذا كان حفظه يتكلف نفقات جسيمة ، وتخويله أحياناً سلطة تصفية التركات (إسكندرية مستعجل ٨ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١٢٠) . وانظر استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩٦ — ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٢ .

وقضى بأنه إذا كان يمكن حفظ المال دون تلف كمحصول القطن ، لم يجز للحارس بيعه بل يجب عليه تخزينه على ذمة من يثبت حقه فيه (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ جازيت ٢١ رقم ٤٣٣ ص ٣٨٠) . وانظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٩ — ولا يجوز للحارس أن يستحدث بناء أو أن يغير من معالم العين (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧٣) .

(١) انظر فى هذا المعنى محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧٦ — ولا ينفذ على الحارس من الأحكام الصادرة على ناظر الوقف إلا بمقدار ما تحت يد الحارس . وقد قضى بأن صدور حكم على ناظر الوقف بدفع نفقة شهرية للمستحق ، لاحتمال مشغولية ذمته بمبالغ من الاستحقاق المتأخر له والمرفوع بشأنه دعوى حساب ، لا يلزم الحارس القضائى المعين على الوقف إلا إذا كان للمحكوم له استحقاق تحت يده يمكنه من أداء النفقة (مصر الكلية ٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ١٨٤ ص ٤١٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ .

(٣) ما لم يكن التأجير فى المزاد العلنى (محمد على رشدى فقرة ٢٧٨) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٥٩ .

أما إذا أناب الحارس أجنبياً من غير ذوى الشأن فى الإدارة ، فإنه يجب الرجوع فى ذلك إلى أحكام الوكالة . وهذه تقضى كما رأينا بأن الوكيل يجوز له أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ، إلا إذا منع من ذلك صراحة أو ضمناً ، ويعتبر أن هناك منعاً ضمنياً إذا اختير الوكيل لاعتبار شخصى(١). ولما كان الحارس يختار عادة لاعتبار شخصى فيه ، لذلك يكون ممنوعاً من إنابة غيره عنه فى الإدارة ، سواء كان هذا الغير من ذوى الشأن أو كان أجنبياً ، ويجب أن يتولى الإدارة بنفسه فهذه هى مهمته ولا يجوز له أن يتخلى عنها(٢) .

٤٦٥ — الحارس وحده هو ذو الصفة فى جميع أعمال الإدارة والتصرف التى تدخل فى سلطته : وكما قدمنا فى أعمال الحفظ ، يكون الحارس القضائى وحده دون المالك هو ذو الصفة فى مباشرة جميع أعمال الإدارة وأعمال التصرف الداخلة فى سلطته ، فهو وحده الذى يتولاها دون المالك . ولا يجوز للمالك أن يتولاها ، فقد غلت يده عنها بسبب الحراسة ، وإذا قام بعمل منها كان العمل باطلا . ويترتب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ من أعمال الإدارة والتصرف التى تدخل فى سلطة الحارس يكون الحارس وحده هو ذو الصفة فى رفعها منه أو فى رفعها عليه ، ولا يجوز رفعها من المالك أو عليه لانعدام صفته(٣) . وقد سبق أن قررنا مثل ذلك فى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٢ .

(٢) محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٤ — محمد على عرفة ص ٥٤٧ — مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١ (إذا تخلى الحارس عن الحراسة أو وكل شؤونها إلى غيره ، وجب إبعاده عن الحراسة وإقامة سواه) — قرب استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٨ — ويجوز للحارس أن يكل لمتخصص فى الزراعة أن يزرع الأرض ، ولا يكون مسئولا إلا عن إعساره أو عدم كفايته أو تقصيره الواضح (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢٦) .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٩ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٢ وما بعدها — محمد على رشدى فقرة ٢٧١ — فقرة ٢٧٢ — محمد على راتب فقرة ٣٤٢ ص ٨٧٦ — ص ٨٧٧ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٢ — استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٦ — وقد قضت محكمة النقض بأنه متى قضى بإقامة حارس قضائى على أعيان وقف وخوله الحكم الذى أقامه إدارة هذه الأعيان ، فإنه يصبح بمثابة الناظر المؤقت ، ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف أمام القضاء ، ولا يملك التحدث فى شؤون إدارة الوقف سواه . ويترتب =

أعمال الحفظ(١) .

أما غير ذلك من الأعمال التي لاتدخل في سلطة الحارس، فليست للحارس صفة في مباشرتها . ويبقى للمالك أهليته كاملة في مباشرة هذه الأعمال ، إذ أن الحراسة لم تعزله عنها ولم تغل يده فيها(٢) . فيجوز للمالك ، أو لمن يتبين أنه

= على مجرد صدور حكم في مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه في الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أي إجراء آخر (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٥ ص ٧٢١) . وانظر نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٤ ص ٧٦١ – وقضى أيضاً بأنه إذا عين حارس على الوقف ، فهو الوحيد الذي له الحق في تمثيل الوقف في الدعاوى التي ترفع منه وعليه بشأن الإدارة ، دون الناظر المعين عليه (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٦٤٨) . وقضى بأنه بمجرد صدور حكم الحراسة ، يضحى الحارس هو الشخص الوحيد الذي تحق له إدارة الأموال محل الحراسة ، و العمل على صيانة حقوقها قبل الغير ، والتقاضي بشأنها فيما يتعلق بأعمال الحراسة (استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٩ – مصر مستعجل ١٤ يونيه سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٧) . وانظر استئناف وطني ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٩٧ – استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٠ – ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ (حارس أقيم بناء على طالب الدائنين يطعن في تصرفات المدين بالتواطؤ) – عكس ذلك استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٣ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص ٣٢٣ – محمد علي راتب فقرة ٣٥٤ ص ٨٩٤ – ص ٨٩٥ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٠ – محمد علي عرفة ص ٥٤٥ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٦٩ – استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٧ – ولا يؤثر الحكم الصادر بالحراسة في التصرفات الجدية الصادرة من المالك قبل صدور الحكم (عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٥) ، ولو كانت هذه التصرفات من أعمال الحفظ والإدارة (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٥) ، ما لم يكن الغرض منها الإضرار بحقوق الدائنين فيجوز الطعن فيها بطريق الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت سنة ١٩٣١ رقم ٤٣١ ص ٣٨٠ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص ٣٢٣) . ولا يؤثر حكم الحراسة كذلك في حق دائني المالك من اتخاذ إجراءات فردية ينفذون بها على المال الموضوع تحت الحراسة ، ويكون هذا التنفيذ عن طريق الحجز تحت يد الحارس ، إلا إذا وافق الحارس على توقيع الحجز التنفيذي المباشر على المنقول الموضوع تحت حراسته (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٠٥ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧١ – محمد علي رشدي فقرة ٢٧١ – محمد علي راتب فقرة ٣٥٤ ص ٨٩٥ – ص ٨٩٦ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٠٤) – وانظر نقض جنائي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ١١ ص ١٣ (الواجب على الدائن أن ينفذ تحت يد الحارس بطريق حجز ما للمدين لدى الغير ، ولا يجوز أن ينفذ مباشرة على المحصولات) .

هو المالك بعد حسم النزاع ، أن يبيع المال ويرهنه ويهبه ويتصرف فيه بجميع أنواع التصرف ، فيما عدا أعمال الإدارة والتصرف الداخلة فى سلطة الحارس ، ولو كان ذلك فى أثناء نظر النزاع وقبل حسمه . ويكون تصرف المالك صحيحاً ملزماً له ، ولكنه يكون بداهة موقوفاً على حسم النزاع لصالحه وظهور أنه هو المالك(١) . ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت دعوى استحقاق بملكية المال على الحارس ، وجب على الحارس أن يدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفته(٢) . وإذا حكم عليه بالاستحقاق ، لم يسر هذا الحكم فى حق المالك ، وجاز له أن يعترض عليه اعتراض الخارج عن الخصومة ، كما جاز له أن يتجاهل الحكم ويستبقى المال تحت يده بعد حسم النزاع لصالحه . وعلى مدعى الاستحقاق أن يعيد رفع الدعوى من جديد على المالك دون الحارس ، حتى يكون الحكم سارياً فى حق الأول(٣) .

---

(١) بودرى وڤال فقرة ١٢٩٥ — فقرة ١٢٩٦ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٧٤ ص٣٣٣ .

(٢) وعلى أساس سلطة الحارس فى الإدارة والتصرف تقوم صفته فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه ، فالحارس على وقف يمثل الوقف دون الناظر فى نطاق السلطة التى خولها له حكم الحراسة ، فوجبت معرفة مدى هذه السلطة للبت فى قيام صفته فى تمثيل الوقف فى الدعاوى التى ترفع من الوقف وعليه . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا سبيل إلى القول بقبول أو بعدم قبول مقاضاة النظار وحدهم دون الحارس إلا على أساس ما يكون وارداً فى حكم الحراسة خاصاً بمهمة الحارس . فإذا كان الحكم فى قضائه بعدم قبول الدعوى المرفوعة على نظار الوقف لعدم اختصام الحراسة فيها قد اكتفى بالإشارة إلى الحكم الصادر بتعيين الحراس على الوقف دون أن يبين مدى سلطتهم ، وهل هم أصبحوا وحدهم بمقتضى الحكم الأصلى الصادر بوضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة يمثلون الوقف دون النظار فى كل شؤونه ، أم أن مهمتهم محصورة فى نطاق معين بحيث يبقى للنظار صفة تمثيل جهة الوقف أصلياً ، ودون أن يبين كيف أن الخصومة القائمة من نتيجتها المساس بإدارة الحراسة بحيث يجب توجيهها للحراس ، فلا شك فى أن قصور الحكم عن هذا البيان يعيبه ويجعل النتيجة التى وصل إليها غير مستندة إلى ما يبررها (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٤ ص ١٤٨) . وقد يكون الحارس على التركة أحد الورثة وترفع عليه الدعوى بصفته وارثاً لا حارساً لأن النزاع لا يدخل فى نطاق حراسته ، فيكون الحكم صحيحاً نافذاً على مال الحراسة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن إقامة أحد الورثة حارساً على التركة لا يمنع من الحكم عليه شخصياً بريع حصة وارث آخر ، ثم تنفيذ هذا الحكم على مال الحراسة الذى لم يخرج عن كونه مملوكاً لجميع الورثة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٣ ص ٤٦٢) . والحارس على عين شائعة فى أثناء إجراءات القسمة لا صفة له فى الدعاوى العينية (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٥) .

(٣) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ — الموسكى ٢ مارس سنة ١٩١٨ =

المبحث الثالث

تقديم الحساب

٤٦٦ — نص قانونى : تنص المادة ٧٣٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة ، ويجوز للقاضى إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة » .

« ٢ — ويلتزم أن يقدم لذوى الشأن كل سنة على الأكثر حساباً بما تسلمه وبما أنفقه ، معززاً بما يثبت ذلك من مستندات . وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة ، وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب قلم كتابها »[1] .

= المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٦ ص ١٠٢ — طنطا ٣ مارس سنة١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٤ ص ١٥٠ — وإذا أقام أحد الورثة دعوى بطلب تقرير نفقة له فى مواجهة الحارس دون الدائنين أو باقى الورثة ، فإن الحكم لا يعتبر حجة عليهم (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٤ — عكس ذلك استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص٢٩٧) . ولا يجوز للحارس أن يدفع الدعوى التى تقام فى مواجهته بدفوع تتصل بأصل الحق ، كبطلان عقود البيع الصادرة عن الأموال الموضوعة تحت الحراسة أو الرهون المقررة عليها (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٤ — ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص١٩٠ — ٤ أبريل سنة١٩٣٢ جازيت يوليه سنة ١٩٣٤ رقم ٤٠٠ ص ٣٢ — ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٠) — وانظر محمد على رشدى فقرة ٢٧٥ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة موقع عليها من المحكمة . ٢ — ويلتزم أن يقدم لذوى الشأن ، كل سنة على الأكثر ، حساباً صحيحاً بما تسلمه وبما أنفقه ، معززاً بما يثبت ذلك من مستندات . وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة ، فيجب عليه ، فوق ذلك ، أن يودع صورة من هذا الحساب بقلم كتاب هذه المحكمة » . وأدخلت لجنة المراجعة على النص تعديلات لفظية طفيفة وحذفت لفظ « صحيحاً » من الفقرة الثانية ، وصار النص رقمه ٧٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٧٦٨ . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة ، ويجوز للقاضى إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة » ، وبهذا يكون التزام الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة التزاماً مطلقاً ، أما إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة فهو أمر جوازى يترك للقاضى تقديره بحسب ظروف كل حالة ، حتى لا تفرض الدفاتر المصدق عليها فى جميع الحالات إذ قد تكون قيمة الأموال الموضوعة تحت =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، وكان الحكم فى هذا التقنين أن يقدم الحارس حساباً ، ولم يكن تقديم الحساب منظماً من حيث دفاتره ومواعيده كما نظم فى التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٠٣ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٧ - ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى[١].

٤٦٧ - التزام الحارس بتقديم الحساب كالتزام الوكيل : الحارس نائب عن صاحب المال كما قدمنا ، فهو يلتزم بتقديم الحساب للأصيل التزام الوكيل بتقديم الحساب للموكل . وقد قدمنا فى الوكالة ، أن الحساب الذى يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه ، كأن يكون للموكل مال تحت يد الوكيل ، ومبالغ قبضها هذا الأخير ثمن ما باعه أو أجرة ما أجره أو وفاء لدين للموكل فى ذمة الغير ، ومبالغ هى فوائد للمبالغ التى استغلها الوكيل لحساب الموكل ، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل ، وأوراق مالية اشتراها الوكيل لحساب الموكل . وكأن يكون على الموكل المصروفات التى أنفقها الوكيل فى إدارة الأموال ، والضرائب والرسوم التى دفعت ، وأقساط التأمين ، والسمسرة التى دفعها الوكيل لإتمام صفقات لحساب الموكل ، والثمن الذى اشترى به الأوراق المالية أوغيرها من أشياء لحساب الموكل ، والأجر الذى اتفق عليه مع الموكل . فيدرج الموكل كل هذا فى حساب واحد لايتجزأ ، مكون من أصول وخصوم ، والرصيد بعد

= الحراسة قليلة ، وفى هذا التعديل ما يجعل النص أكثر مرونة . وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣٢٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدنى السورى م ٧٠٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل . ولكن التزام الحارس بتقديم حساب عن إدارته التزام تفرضه القواعد العامة على كل نائب يدير ملك الغير .

استنزال الخصوم من الأصول هو الذى يجب الوفاء به للموكل ، كما هو الأمر فى الحساب الجارى . وتفنى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب ، فلا تكون حقوقاً أو ديوناً مستقلة بعضها عن بعض ، ولاينتج أى منها فوائد مستقلة ، بل الذى ينتج الفوائد هو رصيد الحساب . ولاتقع المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال ، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم ، لأن الحساب لايتجزأ كماسبق القول[1] . وماقلناه فى الوكالة يسرى على الحراسة ، فالحارس نائب عن صاحب المال كما قدمنا .

٤٦٨ — ما يختص به الحارس في تقديم الحساب : على أن المادة ٧٣٧ مدنى ، بعد أن قضت بأن يقدم الحارس « حسابا بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بما يثبت ذلك من مستندات »[2] ، نظمت هذا الالتزام تنظيما دقيقاً على الوجه

---

(١) انظر فى كل ذلك ما قدمناه فى الوكالة آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٢) كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٧ مدنى يلزم الحارس أن يقدم حساباً « صحيحاً » ، فحذف لفظ « صحيحاً » فى لجنة المراجعة (انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ فى الهامش مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٦) . ويرجع سبب الحذف إلى عدم الجدوى من وصف الحساب بأنيكون صحيحا ، إذ الحارس ملزم بأن يقدم ما يعزز الحساب من مستندات فيقع عليه هو عبء إثبات أنه حساب صحيح ، فيكفى إذن أن يقال إنه ملزم بتقديم حساب معزز بالمستندات (قارن عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٠ ص ٣٥٦) . انظر فى وجوب تعزيز الحساب بالمستندات التى تؤيده : استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٥٤ .

والحارس ملتزم بتقديم الحساب التزاماً خاصاً مستقلا . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عين حارس على وقف لإدارته وإيداع صافى ريعه خزانة المحكمة لدين على المستحقين فى الوقف ، فإن حق الدائن فى محاسبة الحارس هو حق خاص به مستقل عن حق المدين المستحق ، فإذا تنازل المستحق عن دعواه ضد الحارس بتقديم الحساب ، فإن هذا التنازل لا يؤثر فى حق الدائن فى مطالبة الحارس بتقديم الحساب والإيداع . ولا يؤثر فى ذلك نزاع المدين فى بقاء الدين ، ومن ثم فإذا حكمت المحكمة بوقف دعوى الحساب كان حكمها مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩١ ص ٤١٥) . كذلك يجب على الحارس أن يعزز الحساب بالمستندات . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم الذى أقام الحارس قد ألزمه بأن يقدم إلى صاحب العين حساباً عن إيرادها ومنصرفها مشفوعاً بما يؤيده من المستندات ، فإن تقديمه هذا الحساب يكون على هذا الوجه التزاماً قانونياً ، فضلا عن كون الحارس مكلفاً قانوناً بتقديم الحساب . وإذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه فى الدعوى على قاعدة أن كشف حساب الحارس ، مجرداً عن المستندات المؤيدة له ، يعتبر إقراراً لا تجوز تجزئته ، وتاسيساً على هذه القاعدة قال ما يفيد أنه اعتبر الحساب صحيحاً حتى يقوم الدليل على عدم صحته ، معفياً الحارس بذلك ضمناً من تقديم المستندات المؤيدة للمبالغ التى صرفها بمقولة أنها ديون وفاها ، فإن الحكم يكون غير صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٥ مارس =

الآتى : (١) ألزمت الحارس أن يتخذ دفاتر حساب منظمة ، بل أجازت للقاضى أن يلزم الحارس باتخاذ دفاتر حسابات موقع عليها من المحكمة إذا كانت أهمية المال الموضوع تحت الحراسة تقتضى ذلك[١] . (٢) ألزمت الحارس أن يقدم الحساب لذوى الشأن كل سنة على الأكثر ، ولو قبل انتهاء الحراسة[٢] . ويجوز أن يلزم الاتفاق أو حكم الحراسة الحارس أن يقدم الحساب فى السنة أكثر من مرة ، كما يجوز للحارس أن يقدم الحساب من تلقاء نفسه أكثر من مرة فى السنة . وعلى كل حال يجب على الحارس أن يقدم حسابا أخيراً عند انتهاء مهمته ، ولو قبل انقضاء السنة[٣] . (٢) ألزمت الحارس ، إذا كانت

= سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٢ ص ٥٨١) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا حصل تعرض من الغير لمستأجر العقار فى انتفاعه به ، فطلب فى مواجهة المتعرض والمؤجر تعيين المؤجر حارساً لإدارة الأطيان وإيداع غلتها خزانة المحكمة وقضى له بذلك ، ثم رفع الدعوى على المؤجر بمطالبته برد ما دفع مقدماً من الأجرة وبتعويض عما فاته بصفته مستأجراً من الربح فى مدة الإيجار ، وبنى دعواه على أن المدعى عليه استولى على الحاصلات ولم يدفع مما حصله منها شيئاً ، فقضت المحكمة برفضها بناء على ما استخلصت استخلاصاً سائغاً من ظروف الدعوى وأوراقها من أن عقد الإيجار لم يبطل ولم يعطل بفعل المؤجر ، وعلى أساس أن يد المدعى لا تعتبر أنها رفعت عن الأطيان المؤجرة بوضع الأطيان تحت الحراسة القضائية ، وأن المدعى عليه بصفة كونه مؤجراً لا مسئولية عليه ، بل إن مساءلته لا تكون إلا بصفته حارساً وعن طريق رفع دعوى حساب عليه ، فإنها لا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٣ ص ٣٠٢) . وقضت كذلك بأن الحارس مسئول عن تقديم الحساب عن إدارته لأعيان التركة بما فيها عقار آلت ملكيته بالقسمة لأحد الورثة (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠١ ص ٥٩١) .

وانظر محمد على رشدى فقرة ٢٧٩ – محمد على راتب فقرة ٣٤٤ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٥ .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٧ مدنى يلزم الحارس باتخاذ دفاتر حسابات منظمة موقع عليها من المحكمة فى جميع الأحوال ، فعدل النص فى لجنة مجلس الشيوخ وجعل الإلزام باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة أمراً جوازياً يترك للقاضى يقدره بحسب ظروف كل حالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٧ – وانظر آنفاً فقرة ٤٦٦ فى الهامش) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، فى عهد التقنين المدنى القديم وبالرغم من عدم وجود نص يلزم الحارس بتقديم الحساب كل سنة على الأكثر ، بأن على الحارس أن يقدم حساباً مرة على الأقل كل سنة ، حتى لو خلا الحكم الصادر بالحراسة من تكليفه بإيداع صافى الحساب (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص٤٥٧–٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص٨٨) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٩ .

المحكمة هى التى عينته ، سواء كان حارساً قضائياً أو حارساً اتفاقياً ، أن يودع صورة من الحساب قلم كتاب المحكمة ، ليتيح للمحكمة فرصة مراجعته وتنبسط بذلك رقابة المحكمة على إدارة الحارس[١] .

المبحث الرابع

رد المـــال

٤٦٩ — **نص قانونى** : تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« وعلى الحارس حينئذ (أى عند انتهاء الحراسة) أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضى »[٢] .

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لأنه تطبيق للقواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢/٧٠٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢/٧٣٨ — ولا مقابل للنص

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب على الحارس أن يؤدى حساباً عن إدارته إلى ذوى الشأن . وقد حدد المشروع هذا الالتزام ونظمه حتى يكون له أثر فعال فى ضمان الرقابة على إدارة الحارس ، فألزم الحارس أولا باتخاذ دفاتر منظمة موقع عليها من المحكمة (وذلك قبل تعديل المشروع فى لجنة الشيوخ على ما رأيناه) ، كما هو شأن التجار فيما يجب عليهم اتخاذه من دفاتر ، حتى يمتنع بذلك أو يقل إمكان التلاعب فى الحسابات . ثم ألزمه بأن يقدم كل سنة على الأكثر حسابا صحيحاً ، بما تسلمه وبما أنفقه ، وحتم عليه أن يعزز حسابه بما يؤيده من مستندات ، وكلفه بتقديم هذا لكل من ذوى الشأن وبإيداع صورة منه بقلم كتاب المحكمة التى عينته إذا كان تعيينه بحكم ، حتى يسهل على ذوى الشأن وعلى المحكمة مراجعة الحساب والتحقق من حسن الإدارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة استبدلت كلمة « حينئذ » بعبارة « بمجرد انتهاء الحراسة » . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٢/٧٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٧٦٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٧٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٦) .

فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٧٢٤ و٧٢٦[١] .

٤٧٠ — تطبيق أحكام التزام المودع عنده برد الشيء المودع : يلتزم الحارس برد المال الموضوع تحت حراسته كما يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع ،وتسرى أحكام التزام المودع عنده بالرد على التزام الحارس بالرد[٢] . وقد صرح بذلك تقنين الموجبات والعقود اللبنانى (م٧٢٤)[٣] وهو مفهوم من طبيعة مهمة الحارس ، فهو وكيل أو نائب فيما يتعلق بإدارة المال وبتقديم حساب عنه ، ومودع عنده فيما يتعلق بتسلم المال وبحفظه وبرده .

وعلى ذلك تسرى هنا الأحكام التى بسطناها تفصيلا فيما يتعلق بالتزام المودَع عنده برد الشيء المودع : فى رد المال الموضوع تحت الحراسة عيناً[٤] أو بمقابل ، وفى رد الثمار ، وفى مكان الرد ومصروفات ، وفى جزاء الإخلال بالتزام الرد[٥] .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٢/٧٠٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٢٤ : يجب على الحارس أن يعيد الشيء المحبوس بلا إبطاء إلى الشخص الذى يعينه له الفريقان أو القضاء — ويترتب عليه من الموجبات فيما يختص برده ما يترتب على الوديع المأجور.

م ٧٢٦ : إذا نيطت الحراسة بعدة أشخاص ، فالتضامن يوجد حتما بينهم طبقاً للقواعد المختصة بالوكالة .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) محمد على عرفة ص ٥٤٩ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ فى الهامش .

(٤) ويكون ذلك عادة بموجب محضر الجرد الذى تسلم الحارس به المال (محمد على راتب فقرة ٣٤٥) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٣٦٣ — فقرة ٣٦٥ وفقرة ٣٦٨ — فقرة ٣٧١ — ويستأنس أيضاً بما ورد فى التزام الوكيل برد ما فى يده من مال للموكل (انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ ومابعدها) ، وبخاصة فيما يتعلق برد الأوراق والمستندات والأحكام الخاصة بالحراسة كعقود الإيجار الخاصة بالمستأجرين والأحكام الصادرة ضدهم وأوراق التنفيذ وما إلى ذلك (انظر محمد على راتب فقرة ٣٤٥) .

ولكن الحارس يختلف عن المودع عنده فى الأمرين الآتيين : متى يكون الرد ، ولمن يكون .

٤٧١ — متى يكون الرد ولمن يكون : يكون الرد عند انتهاء الحراسة ، وسنرى فيما يلى متى تنتهى . وقد تنتهى مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة فى ذاتها ، ويكون ذلك بتنحى الحارس عن الحراسة أو بعزله عنها أو بموته أو بالحجر عليه ، وفى جميع هذه الأحوال يحل حارس آخر مكانه[1] ، فيكون الرد إذن إما عند انتهاء الحراسة ، وإما عند انتهاء مهمة الحارس[2] .

ويكون الرد ، فى حالة انتهاء الحراسة فى ذاتها ، إلى من يختاره ذوو الشأن فى الحراسة الاتفاقية . أو إلى من يثبت له الحق فى الشىء أو من يعينه القاضى فى الحراسة القضائية . أما فى حالة انتهاء مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة فى ذاتها ، فيكون الرد للحارس الجديد الذى يخلف الحارس الأول فى مهمته[3] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ — فقرة ٤٥٤ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إذا اتفق ذوو الشأن جميعاً على إنهاء الحراسة ، أولم يتفقوا على ذلك وحكم به القضاء ، انتهت الحراسة وانتهت مأمورية الحارس . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق ذوو الشأن على استمرار الحراسة وإنهاء مأمورية الحارس بأن يعينوا حارساً جديداً بدلا منه ، ولا ما يمنع القاضى من أن يأمر باستمرار الحراسة وعزل الحارس الأول وإبدال غيره به ، سواء كان ذلك بناء على اتفاق الخصوم أوبناء على طلب بعضهم وبعد سماع البعض الآخر . ومتى انتهت مأمورية الحارس بهذا الشكل أو ذاك ، وجب عليه رد الشىء المعهود إليه حراسته وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ (من المشروع التمهيدى) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٨ — ص ٢٩٩) .

وتجب مطالبة الحارس بالرد ، فلا يعتبر المؤجر المعين حارساً على العين المؤجرة متعرضاً للمستأجر بمجرد إلغاء حكم الحراسة ، ما لم يثبت امتناعه عن التخلى عنها بعد مطالبته بذلك عن طريق تنفيذ الحكم القاضى بإلغاء الحراسة (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٥ ص ٦١٧) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ومتى انتهت مأمورية الحارس ، سواء بإقالته منها أو بانتهاء الحراسة ذاتها ، وجب عليه أن يبادر برد الشىء المعهود إليه حراسته مع حساب أخير سواء إلى من يخلفه فى الحراسة ، أو إلى من يثبت حقه فى ذلك الشىء ، أو إلى من يختاره ذوو الشأن ، أومن يعينه القاضى لذلك : م ٢/١٠٢٤ (من المشروع التمهيدى)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٩) .

الفرع الثانى

حقوق الحارس

المبحث الأول

تقاضى الأجر

٤٧٢ — *نص قانونى* : تنص المادة ٧٣٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« للحارس أن يتقاضى أجراً ، ما لم يكن قد نزل عنه »(١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٩٢/٦٠١(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٠٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٣٦ — ولا مقابل للنص فى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — للحارس أن يتقاضى أجراً ، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك . وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته . ٢ — وله الحق فى حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التى تخوله إياها هذه المادة ، وذلك دون إخلال بما يقرره هذا القانون له من حق امتياز » . وفى لجنة المراجعة لم تستبق إلا العبارة الأولى من الفقرة الأولى من النص . فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٧٦٨ فى المشروع النهائى ، وحذفت بقية الفقرة الأولى وكل الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٧٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٥) .

(٢) التقنين المدنى القديم م ٤٩٢/٦٠١ : إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون بمقابل .

(ويبدو أن التقنين المدنى القديم كان لا يعطى الحارس حقاً فى الأجر إلا إذا اشترط ذلك ، أما فى التقنين المدنى الجديد فالحارس له حق فى الأجر إلا إذا نزل عنه . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « فقد نصت هذه المادة على حق الحارس فى أن يتقاضى أجراً مالم يكن قد تنازل عن ذلك ، مخالفة بهذا نص المادة ٤٩٢ من التقنين الحالى — القديم — الذى يقرر أن إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون بمقابل . وقد أراد المشروع بذلك أن يعتمد ما غلب وقوعه فى العمل وما قدرته المحاكم من أن الأصل فى الحراسة أن تكون بأجر : استئناف أهلى ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ المحاكم ١٨ ص ٤٠٠٠ رقم ١١٤ » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤) .

التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٧٢١ و ٧٢٧[١] .

٤٧٣ — الأصل فى الحارس أن يكون بأجر : والأصل فى الحارس بخلاف الوكيل والمودَع عنده — أن يكون بأجر ، حتى لو لم يشترط ذلك . فإذا سكت الحارس عن الأجر كان مأجوراً ، ولايكون غير مأجور إلا إذا نزل صراحة أو ضمناً عن الأجر[٢] . وقد رأينا عكس ذلك فى الوكيل والمودَع عنده ، فكلاهما لايكون مأجوراً إلا إذا اشترط الأجر[٣]. وقد أراد المشرع بذلك « أن يعتمد — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ما غلب وقوعه فى العمل ، وما قررته المحاكم من أن الأصل فى الحراسة أن تكون بأجر »[٤] .

٤٧٤ — كيف يقدر الأجر : يقدر الأجر الاتفاق إذا كانت الحراسة

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م ٧٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٧٢١ : يجوز ألا تكون الحراسة مجانية .

م ٧٢٧ : يجب على الفريق الذى يرد إليه الشىء أن يدفع إلى الحارس النفقات الضرورية والنفقات المفيدة التى أنفقها بنية حسنة وبلا إفراط ، وأن ينقده الأجر المتفق عليه أو الذى عينه القاضى — وإذا كان الإيداع اختيارياً ، فللحارس أن يقيم الدعوى على جميع المودعين ليحملهم على أداء النفقات وإبقاء الأجر له ، مع مراعاة النسبة بين مصالحهم فى القضية .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى ، غير أنه يبدو أن الحارس فى التقنين اللبنانى لا يتقاضى أجراً إلا إذا اشترط ذلك ، بخلاف التقنين المصرى حيث يتقاضى الحارس أجراً إلا إذا نزل عنه . كذلك لا تضامن فى التقنين اللبنانى بين المودعين المتعددين فى الحراسة الاتفاقية فى التزاماتهم نحو الحارس ، وهم متضامنون فى التقنين المصرى) .

(٢) وقد ينص فى الحكم على أن تكون الحراسة بغير أجر ، فإذا لم ينص الحكم على ذلك كانت الحراسة بأجر ، ولو كان الحارس شريكاً فى ملكية العقار الموضوع تحت الحراسة (استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٢٤٠) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧٥ وفقرة ٣٧٤ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٤ .

اتفاقية[١] . فإذا سكت الاتفاق عن تعين الأجر ، أو كانت الحراسة قضائية ، تكفل القاضى بتعيين الأجر[٢]. ويراعى فى ذلك الجهد الذى بذله الحارس ، وأهمية العمل الذى قام به ، والنتيجة التى وصل إليها فى إدارته ، والمسئوليات التى تعرض لها ، وكفايته الخاصة فى الإدارة ، وغير ذلك من العناصر التى تعين القاضى على تقدير الأجر المناسب للحارس[٣].

ويقدر الأجر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة التى عينت الحارس ، أو قاضى الأمور المستعجلة[٤] ، أو رئيس المحكمة التى استؤنف أمامها حكم

---

(١) ويبدو أن لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه ، تغليباً لأحكام الوديعة على أحكام الوكالة فى هذه المسألة .

(٢) وقد ينص الحكم على أن تكون الحراسة بغير أجر ، ثم يتفق أصحاب الشأن على أن تكون بأجر ، ويبقى الأجر المتفق عليه أو المحكوم به سارياً حتى يعدل باتفاق أو بحكم جديد . وقد قضت محكمة النقض بأنه من الجائز أن يكون تقرير أجرة الحراسة القضائية باتفاق بين أصحاب الشأن لا حق للحكم القاضى بفرض الحراسة ، حتى لو كان هذا الحكم قد نص على أن تكون بغير أجر ، ذلك أن للخصوم فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أن يتفقوا على خلاف ما قضت به . ويلاحظ أن أجر الحارس القضائى الذى يقرر سواء بحكم أو باتفاق بين أصحاب الشأن يظل سارياً حتى يلغى أو يعدل بحكم أو باتفاق جديد . ومن ثم فإذا كانت عبارة الإقرار الصادر من المستحقين فى الوقف واضحة الدلالة على سريان أجرة الحراسة مادامت الطاعنة قائمة بإدارة الوقف بوصفها حارسة عليه وليس فيها أى نص يفيد توقيت الأجرة لمدة معينة قبل انقضاء هذه الحراسة ، فإن اعتبار المحكمة هذا الإقرار غير ملزم للموقعين عليه طوال مدة الحراسة ، ذلك يكون خطأ فى تطبيق قانون العقد لما فيه من تحريف لعبارته الواضحة وخروج عن ظاهر مدلولها (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٦ ص ٣٩٠) .

(٣) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٢ – ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٩ – عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٧ – محمد على رشدى فقرة ٢٨١ – محمد على راتب فقرة ٣٤٩ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن قاضى الأمور المستعجلة يختص بتقدير أجر الحارس ومصاريفه الذى أقامه فى دعوى الحراسة ، ويختص تبعاً بالفصل فى المعارضة فى هذا التقدير . واختصاصه فى ذلك غير قائم على القاعدة العامة فى اختصاص قاضى الأمور المستعجلة المقررة بالمادة ٢٨ مرافعات (٤٩ جديد) ، وإنما هو اختصاص خاص يقوم على أساس علاقة التبعية بين الأصل الذى هو الدعوى التى اختص بها وبين الفرع الذى يتفرع عليها من تقدير مصروفاتها وما يلحق بها من أتعاب المحامى أو الخبير أو الحارس المعين فيها ، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة فى المادتين ١١٦ و ١١٧ مرافعات (٣٦٢ و ٣٦٣ جديد) . وإذن فلا ضرورة لاستيفاء شرطى الاستعجال وعدم المساس بالموضوع . ولا يغير من ذلك قيام دعوى لدى محكمة الموضوع بطلب محاسبة الحارس عن إدارته للمال موضوع الحراسة ، فإنه متى كان موضوع اختصاص قاضى =

قاضى الأمور المستعجلة[١] ، بحسب الأحوال .

٤٧٥ — من يلتزم بأجر الحارس : إذا كانت دعوى الموضوع لا تزال منظورة ، رجع الحارس بأجره على طالب الحراسة[٢] ، وهذا يرجع بها على من يكسب دعوى الموضوع إذا لم يكن هو الذى كسبها . أما إذا كانت دعوى الموضوع قد فصل فيها ، فإن الحارس يرجع بأجره على من كسب الدعوى أو على من حكم عليه بالمصروفات[٣] .

= الأمور المستعجلة مقرراً على الوجه السابق كان له كل ما للقاضى الموضوع من سلطة فى التقدير . أما ما قد يعترض به من احتمال أن يثبت فى دعوى الموضوع تلك سوء إدارة الحارس فردود بأنه غير منتج ، إذ هذا الاعتراض عام لا يتوجه إلى اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بالذات ، بل إلى كل قاض مختص بتقدير ، وهو حين يواجه بهذا الاعتراض يفصل فيه حسبما يتراءى له فى الدعوى ، ولكن لا يقضى بعدم اختصاصه بنظرها (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٣ ص ٧٨٢) . وانظر استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣١ — وقارن محمد على عرفة ص ٥٥٠ .

(١) محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣١ ص ٢٨٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ألغت محكمة الاستئناف حكماً قضى برفض الحراسة وقامت هى باختيار الحارس ، فإنه يتعين عندئذ على الحارس أن يلجأ إليها (لرئيس محكمة الاستئناف) لتقدير أتعابه . ولا يجوز أن يلجأ لقاضى الأمور المستعجلة ، إلا إذا كان مديناً بتعيينه لحكم ذلك القاضى وكان دور محكمة الاستئناف مقصوراً على تأييد هذا الحكم . ولا يؤثر فى هذا النظر كون محكمة الاستئناف لدى تعيينها الحارس قد أمرته بأن يودع حساب إدارته قلم كتاب محكمة أول درجة ، ملاحظة فى ذلك التيسير على الخصوم وكون هذه المحكمة هى التى تنظر النزاع الموضوعى (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣١) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٦ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٩ — ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٨ — أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٤ — ومن اقتصر على الموافقة على طلب الحراسة لا يعتبر طالباً للحراسة ، فلا يلتزم بدفع الأجر (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٥) — وقضى بأنه يجوز رجوع الحارس بالأجر على الخصوم جميعاً إذا كانت الحراسة لمصلحتهم ، كما فى الحراسة على العين فى الشيوع (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٠ — ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٨) . ويرجع الشركاء بالمصروفات والأجر على الشريك الذى تسبب بفعله فى فرض الحراسة (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤٨) .

(٣) استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٢٤٠ — عبد الحكيم فراج فقرة ٣٩٨ — محمد على راتب فقرة ٣٤٩ ص ٨٩٠ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣ .

المبحث الثانى

استرداد المصروفات والتعويض

٤٧٦ — حق الحارس فى استرداد المصروفات وفى التعويض : كانت الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٦ مدنى تجرى على الوجه الآتى : « للحارس أن يتقاضى أجراً ، مالم يكن قد تنازل عن ذلك — وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته » . فحذفت فى لجنة المراجعة العبارة الأخيرة من هذا النص الخاصة باسترداد المصروفات ، اكتفاء بالقواعد العامة[1] . والقواعد العامة تقضى بأن يسترد الحارس ما أنفقه من مصروفات ضرورية فى حفظ المال وفى إدارته ، كمصروفات الترميمات الضرورية ومصروفات الزراعة من ثمن بذور وسماد ومواش وآلات ومبيدات للحشرات وأجور العمال والمستخدمين الذين يستعين بهم الحارس فى أداء مهمته . وكذلك يسترد ما أنفقه من مصروفات نافعة ، كمصروفات أنفقها فى تحسين العين ، إذا حصل على موافقة ذوى الشأن أوإذن القاضى ، كل هذا ولو كان يتقاضى أجراً[2] . وللحارس ، شأنه فى ذلك شأن المودع عنده والوكيل ، الرجوع بالتعويض عما يصيبه من ضرر يكون سببه المباشر قيامه بمهمته دون أن يكون فى جانبه أى خطأ[3] .

ويسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض من صاحب المال إذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٤ — وانظر آنفاً فقرة ٤٧٢ فى الهامش .

(٢) والحارس ، بخلاف الوكيل ، لا يتقاضى فوائد قانونية للمصروفات التى أنفقها من وقت صرفها (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ — محمد على رشدى فقرة ٢٨٢) . وقد قضى بأن للحارس ، ولوكان مأجوراً ، أن يدخل فى المصروفات ماهيات مستخدمى الحراسة وأجرة المكاتب التى يدير فيها الأعيان ومصروفات البريد والتلفون والتلغراف والنور وما إلى ذلك (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٠) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ وما بعدها بالنسبة إلى الوكيل ، وفقرة ٣٧٨ — فقرة ٣٧٩ بالنسبة إلى المودع عنده .

كان النزاع قد فصل فيه، فإن لم يكن قد فصل فيه استرده من طالب الحراسة أومن الخصوم الآخرين ، على أن يرجعوا به على من يحكم لصالحه عند حسم النزاع (١) .

٤٧٧ — كيف يسترد الحارس المصروفات ويتقاضى التعويض :

تقدر مصروفات الحارس والتعويض المستحق له عن طريق دعوى موضوعية، لا بأمر على عريضة(٢). وللحارس أن يخصم المصروفات والتعويض والأجر من ريع المال الموضوع تحت حراسته عند تقديم الحساب(٣)، على النحو الذى بيناه فيما تقدم(٤) .

ولقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر فى حكم الحراسة ، أو فى أمر على

---

(١) استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٢٤٠ — عبدالحكيم فراج فقرة ٤٠٠ — محمد على رشدى فقرة ٢٨٢ وفقرة ٢٨٥ — محمد على راتب فقرة ٣٥٠— محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٠ .

(٢) محمد على عرفة ص ٥٥١ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٢ — وانظر عكس ذلك محمد على راتب فقرة ٣٥٠ ص ٨٩١ وفقرة ٣٥٩ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للحارس أن يستصدر أمر تقدير بأتعابه . أما ما يكون قد أنفقه فى سبيل الحراسة من النفقات فلايجوز أن يأخذ به أمر تقدير بل يجب أن ترفع به دعوى خاصة أو يطلب الحكم به بصفة فرعية ضمن دعوى أخرى أوفى أثناء إجراءات التوزيع ، وذلك لأن تقدير هذه النفقات يقتضى تصفية حساب الحارس ومراجعة مستندات الصرف والإيراد مدة إدارته التى غالباً ما تكون طويلة ، وهذا العمل لا يمكن أن يضطلع به القاضى الذى يطلب منه أمر التقدير . فإذا أصدر القاضى مع ذلك أمر تقدير للحارس بهذه النفقات ، فلا يجوز هذا الأمر قوة الشىء المقضى به بعدم المعارضة فيه من الخصم ، لانه إنما صدر ممن لا صفة ولا ولاية له فى إصداره (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٠ — وانظر استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وكذلك نصت هذه المادة على أن للحارس أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته . فإذا كان من البديهى أن الإدارة تستلزم مصروفات ، وأن للمدير أن يخصم المصروفات من الإدارة أولا بأول ، فإنه من الممكن أيضاً أن تتصور الحالة التى يحتاج فيها الحارس إلى المطالبة برد هذه المصروفات إليه ، وهى الحالة التى تنتهىفيها الحراسة بعد أن يكون الحارس قد أنفق هذه المصروفات وقبل أن يحصل من الإيرادات على ما يفى بسدادها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٤) . وغنى عن البيان أن للحارس، فى هذه الحالة الأخيرة ، أن يقدم باسترداد المصروفات طلباًمستقلا .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٦٧ — وقد قضى بأن الحارس على عين شائعة له أن يخصم أجره ومصروفاته من ريع العين ، ولو كان الذى تسبب فى الحراسة بعض الشركاء دون البعض الآخر ، ومن لم يتسبب فى الحراسة يرجع على من تسبب (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت يوليه سنة ١٩٣٤ رقم ٣٩٧ ص ٣٢٦ — محمد على راتب فقرة ٣٥١) .

عريضة لاحق للحكم ، بإيداع مبلغ من ريع المال يخصص للحارس بالامتياز على سائر الدائنين يستعين به فى أداء مأموريته[١]. وما يقدمه الخصم للحارس للصرف منه يكون ممتازاً امتياز المصروفات القضائية[٢] .

المبحث الثالث

ضمانات حقوق الحارس

٤٧٨ — **حق الحبس وحق الامتياز** : كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٣٦ مدنى يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وله (للحارس) الحق فى حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التى تخوله إياها هذه المادة ، وذلك دون إخلال . بما يقرره هذا القانون له من حق امتياز » . فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة[٣] . والقواعد العامة المقررة فى الحبس تقضى بأن يكون للحارس حبس المال الموضوع تحت حراسته حتى يسترد أجره والمصروفات والتعويض (م ٢٤٦ مدنى وما بعدها)[٤]. ولا يؤثر فى حق الحبس أن الأجر والمصروفات والتعويض مبالغ غير معينة المقدار ، مادامت محققة الوجود[٥] :

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٣ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١٦ (للحارس أن يطلب تقديم مبلغ للصرف منه) — ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٣ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٧ — محمد على رشدى فقرة ٢٨٢ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٤ — وانظر آنفاً فقرة ٤٧٢ فى الهامش .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد قررت الفقرة الثانية من هذه المادة (وهى التى حذفت فى لجنة المراجعة) للحارس الحق فى حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة إلى أن يستوفى أجره وما يجوز له استرداده من المصروفات التى ينفقها . وتعتبر هذه الفقرة تطبيقاً للقاعدة العامة التى قررتها المادة ٣٣١ (من المشروع التمهيدى) بشأن حق الحبس ، وينطبق عليه ما قلناه بشأن حق الحبس فى الوديعة : انظر المذكرة على المادتين ١٠٠٥ و١٠٠٦ من المشروع — فإما أن تبقى وإما أن تحذف اكتفاء بالقاعدة العامة (وقد حذفت فعلا كما قدمنا) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٤) .

(٥) محمد على رشدى فقرة ٢٨٤ — محمد على راتب فقرة ٣٥٢ ص ٨٩٢ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٣ (ويشير إلى مصر ٢٧ مايو سنة ١٩٥٣ قضية رقم ٤٠٦ سنة ١٩٥٣) .

وللحارس حق امتياز بالمبالغ التى صرفها لصيانة المنقول الموضوع تحت حراسته (م١١٤٠ مدنى)(١) .

٤٧٩ — تضامن طرفى الخصومة : وإذا التزم الخصوم المتعددون نحو الحارس بالأجر أوبالمصروفات أوبالتعويض ، كانوا متضامنين نحوه فى هذا الالتزام ، تطبيقاً لأحكام الوكالة حيث تقضى بتضامن الموكلين المتعددين(٢) ، وقد قدمنا أن أحكام الوكالة تسرى على الحراسة فيما لا تتعارض فيه مع نص خاص(٣) . ولم يكن فى التقنين المدنى القديم نص على تضامن الموكلين ، ومع ذلك فقد قضى بتضامن الخصوم نحو الحارس فى عهد هذا التقنين(٤) .

= وقد قضى بأن الحارس القضائى حق الحبس بالنسبة إلى مصروفاته وأتعابه ، وله استعماله حتى لو رفعت عن الأمر الصادر فى شأنها معارضة ، إذ استعمال هذا الحق لا يتوقف على شرط تصفية الدين بصفة نهائية (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢٠) . ويجوز تعليق رفع يد الحارس على إيداع المبالغ التى يطلبها خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) . ويجوز استبدال حارس آخر بالحارس الأول وتكون من مهمة الحارس الآخر حبس المال حتى يستوفى الحارس الأول أجره والمصروفات (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤) . وإذا دخلت أعيان الوقف خطأ ضمن الأموال الموضوعة تحت الحراسة ، لم يجز للحارس حبسها حتى يستوفى الأجر والمصروفات (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) — وانظر فى حق الحبس استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٣٥ .

(١) وقد ذهب بعض الأحكام إلى أن أجر الحارس والمصروفات تتمتع بحق امتياز المصروفات القضائية (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ — ١١ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٣ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٥) . وعلى أى حال لا يختص قاضى الأمور المستعجلة بالبت فيما إذا كان الأجر والمصروفات تتمتع بحق امتياز (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧ وفقرة ٤٠٣ فى الهامش .

(٣) انظر فى هذا المعنى محمد على رشدى فقرة ٢٨٥ ص٢٨٥ — محمد عبد اللطيف فقرة ٣٣٠ — محمد على عرفة ص ٥٥٢ — ص ٥٥٣ — وانظر آنفاً فقرة ٤٥٥ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأن الحارس القضائى يستحق أجر حراسته على الطرفين بطريق التضامن ، لأنه وديع بحكم من المحكمة له أجر على حراسته يلزم كل واحد من المتخاصمين على الشىء المودع . والحارس أجرته على من يطلب الإيداع تحت يده لأن الأجرة ترتبت له على هذا الطلب ، وله الأجرة أيضاً على من يطلب الإيداع لا ستفادته من الحراسة التى =

الفصل الثالث

انتهاء الحراسة

٤٨٠ — نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء »[(١)] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص لاتفاقه مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٧٠٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ١/٧٣٨ ولامقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ، ولافى التقنين الموجبات والعقود اللبنانى[(٢)] .

= هى عمل عام لمصلحة كل المتخاصمين على السواء . وتلزم أجرة الحارس من حكم بأحقيته للوديعة لاستفادته من الحراسة بحفظ حقه على أكمل وجه . وتلزم من حكم عليه بمصاريف الحراسة لأنه سببها بجحوده حق من حكم له بالوديعة فى الحراسة وماترتب عليها من أجرة الحارس ، لأن الحارس القضائى قريب الشبه بالخبير الذى تنتدبه المحكمة ، لأن كليهما مكلف بأمر نيط به من قبل المحكمة لمصلحة المتخاصمين ، فكما خول القانون للخبير الحق فى طلب أجرته من كلا الخصمين يجب أن يخول الحارس القضائى هذا الحق أيضاً ، ولأن القانون المدنى خول للحارس فى المادة ٤٨٨ مدنى (قديم) حق حبس الوديعة لاستيفاء ما هو مستحق له فلا يجوز استرداد الوديعة منه إلا بعد أن يوفى مصاريفه بأكملها بصرف النظر عما إذا كان قد حكم لأحد الخصوم بأحقيته للوديعة كلها أو بعضها وذلك لأن كل الخصوم ملزمون له بالتضامن (استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣١ ص ١٣٤٠).

انظر أيضاً فى تضامن الخصوم نحو الحارس تغليباً لأحكام الوكالة على أحكام الوديعة : نقض فرنسى ٢٧ أبريل سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ — ١ — ١٧١ — باريس ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٣٠ — ١ — ٤١٥ — هيك ١١ فقرة ٢٧٨ — جيوار فقرة ١٨٥ — بودرى وفال فقرة ١٣٠٣ — بلانيول وريبير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٧ ص ٥٤١ هامش ٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٧٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٧٦٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٧٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢٩٨ — ص ٢٩٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : =

٤٨١ — انتهاء مأمورية الحارس دون انتهاء الحراسة : قد تنتهى مأمورية الحارس دون أن تنتهى الحراسة ذاتها ، ويكون ذلك بتنحى الحارس عن الحراسة لعذر مقبول[1] ، أو بعزله عن الحراسة لسبب يستوجب ذلك[2] ، أو بموته ، أو بالحجر عليه . وعند ذلك تزول صفة الحارس ولكن الحراسة تبقى ، فيعين حارس جديد يحل محل الحارس الأول[3] . ويستوى فى هذا كله الحراسة القضائية والحراسة الاتفاقية .

وقد تنتهى الحراسة ذاتها ، فتنتهى بانتهائها مأمورية الحارس ، وترفع الحراسة عن المال . ويحسن هنا أن نميز بين الحراسة الاتفاقية والحراسة القضائية .

٤٨٢ — انتهاء الحراسة الاتفاقية : الأصل فى الحراسة الاتفاقية أنها تنتهى بثبوت الحق لأحد طرفى الخصومة ، وهذا مستفاد من تعريف هذه الحراسة ، فهى « عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه » (م ٧٢٩ مدنى) . ويخلص من هذا النص أن الحراسة الاتفاقية تدوم بموجب الاتفاق عليها مادام الحق غير ثابت لأحد طرفى الخصومة . فإذا ماثبت هذا الحق لأحد الطرفين ، انتهت الحراسة من تلقاء نفسها ، ووجب على الحارس أن يسلم المال إلى من ثبت له الحق فيه .

= التقنين المدنى السورى م ٧٠٤/١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٣٨/١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا يشتمل على نصوص فى الحراسة .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل ولكن النص تطبيق للقواعد العامة .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ بالنسبة إلى الحارس القضائى ، وفقرة ٤٠٣ فى الهامش بالنسبة إلى الحارس الاتفاقى .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٤ بالنسبة إلى الحارس القضائى ، وفقرة ٤٠٣ فى الهامش بالنسبة إلى الحارس الاتفاقى — وانظر مصر الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص ١٩٤ .

(٣) عبد الحكيم فراج فقرة ٤١٩ ص ٣٧٩ — محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص ٩١٢ — ص ٩١٣ .

ولكن يجوز للطرفين ، قبل ثبوت الحق لأحدهما ، أن يتفقا على إنهاء الحراسة . فهما قد أقاماها باتفاقهما ، ويستطيعان بداهة أن ينهياها باتفاقهما كذلك . وغنى عن البيان أنهما عندما يتفقان على إنهاء الحراسة ، يتفقان في الوقت ذاته على الشخص الذى يسلم له الحارس المال بعد أن انتهت الحراسة ، ويكون هذا الشخص عادة هو أحدهما ، لأنه لو كان أجنبياً ولايزال الحق غير ثابت فسر ذلك بأن الحراسة الاتفاقية لاتزال مستمرة ولم يتغير إلا شخص الحارس .

٤٨٣ — انتهاء الحراسة القضائية : أما الحراسة القضائية فتنتهى بأحد أمور ثلاثة :

أولا — باتفاق ذوى الشأن جميعاً على انتهائها . فإن الحراسة القضائية ، وإن فرضت بحكم القضاء ، قد فرضت مراعاة لمصلحة الخصوم ، فإذا اتفق الخصوم جميعاً على انتهائها انتهت ، ووجب على الحارس تسليم المال إلى من يتفق الخصوم على تسليمه إياه ، دون حاجة إلى حكم بذلك .

ثانيا — بحسم النزاع الموضوعى وثبوت الحق لأحد الطرفين . فإذا كان هناك مثلا نزاع على ملكية مال وترتب على هذا النزاع أن وضع المال تحت الحراسة ، فإن صدور حكم نهائى فى موضوع النزاع يبت فى أى من الطرفين هو المالك ينهى الحراسة لنفاد غرضها[1] . ويتعين على الحارس فى هذه الحالة أن يسلم المال لمن حكم له بالملكية ، دون حاجة إلى حكم بذلك ، فإن الحراسة قد انتهت من تلقاء نفسها . كذلك إذا وقع نزاع على إدارة المال الشائع فوضع تحت الحراسة حتى تعين المحكمة مديراً دائماً له طبقاً لأحكام المادة ٨٢٨/١ مدنى ، بقيت الحراسة إلى أن تعين المحكمة هذا المدير ، فإذا ما عينته انتهت الحراسة من تلقاء نفسها ، ووجب على الحارس أن يسلم المال للمدير الذى عين[2] . وإذا وضع مال شائع تحت الحراسة حتى تتم قسمته وتمت القسمة ،

---

(١) ويجب أن يكون الحكم قد حسم النزاع ، فلا يكفى الحكم القاضى بشطب الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن أو بعدم الاختصاص أو ببطلان صحيفة الدعوى (محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٩ — محمد على عرفة ص ٥٥٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢١ .

انتهت الحراسة تلقائياً ووجب على الحارس أن يسلم إلى كل شريك حصته المفرزة دون حاجة إلى حكم(١) .

ثالثاً – بحكم القضاء ولو قبل حسم النزاع الموضوعى . ويكون ذلك إذا تغيرت الظروف التى استدعت فرض الحراسة ، بحيث لايعود لها مقتض . مثل ذلك أن يعين حارس قضائى على تركة أوعلى شركة ، ثم يعين مصف لهذه التركة أو الشركة ، فتدخل مهمة الحارس فى مهمة المصفى ، ولايعود هناك مقتض لبقاء الحراسة . ومثل ذلك أيضاً أن يعين حارس على مال شائع لاختلاف الشركاء فى حصصهم ، ثم يقسم المال قسمة مهايأة بالتراضى : فتنتهى الحراسة إذ لم يبق لها مبرر بعد أن أمكن أن يضع كل شريك يده على على حصة مفرزة مؤقتاً حتى يبت فى النزاع الموضوعى . ومثل ذلك أن توضع أعيان الوقف تحت الحراسة ، ثم يعين ناظر موقت لها ، فتنتهى الحراسة ويسلم الحارس الأعيان الموقوفة إلى الحارس الموقت . ومثل ذلك أن توضع أموال المدين تحت الحراسة محافظة على حقوق الدائنين ، ثم يقدم المدين ضماناً يكفل هذه الحقوق ، فلا يعود هناك مبرر لبقاء الحراسة ، ومن ثم تنتهى ويسلم الحارس المال للمدين(٢) . وفى هذه الأحوال وأمثالها ، لا تنتهى الحراسة

---

(١) قارن استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤١ – وتنتهى الحراسة بقوة القانون إذا نفذ حكم مرسى المزاد ، فلا يحتاج الراسى عليه المزاد إلى حكم برفع الحراسة لوضع يده على العقار المبيع فى المزاد (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦٩) . وإذا كانت الحراسة فرضت على عقار نزعت ملكيته لإلحاق ثماره به ، فاستيفاء الدائنين المقيدين لحقوقهم ينهى الحراسة بقوة القانون ، ولا تبقى ضماناً لحقوق الدائنين العاديين (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ . ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣) – وانظر بودرى وڤال فقرة ١٣٠٥ – پلانيول وريپير وساڤاتييه ١١ فقرة ١١٩٥ ص ٥٣٩ – محمد على رشدى فقرة ٢٩٣ – محمد على عرفة ص ٥٥٤ . وإقامة ناظر مؤقت على الوقف يزيل الحاجة إلى الحراسة (مصر مستعجل ٢٥ فبراير سنه ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٢ ص ٤٨١) .

(٢) وقد قضى بأنه عند الفصل فى دعوى إنهاء الحراسة لا تبحث من جديد أوجه النزاع التى بنيت عليها الحراسة ، ويبحث فقط ما إذا كانت أسباب الحراسة قد زالت ، واستمرار حالة الشيوع التى فرضت من أجلها الحراسة يمنع المحكمة من الحكم بانتهائها ، والقضاء بانهاء الحراسة لا يؤثر فى الحقوق الموضوعية للخصوم (مصر الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٨٥ ص ١٩٤) .

ويقضى برفع الحراسة متى زال السبب الذى أدى إلى فرضها ، حتى لو وجد سبب جديد آخر يستدعى إعادة فرضها إذ يجب رفع دعوى حراسة جديدة لهذا السبب الجديد (مصر مستعجل ١٦ =

تلقائيا إذا لم يتفق ذوو الشأن جميعاً على انتهائها ، ولابد من حكم لإنهائها . فإذا كان الحارس معيناً من قاضى الأمور المستعجلة ، جاز لكل ذى مصلحة أن يرفع أمامه دعوى برفع الحراسة أو بإنهائها ، ويقتصر قاضى الأمور المستعجلة للبت فى المسألة على فحص ظاهر المستندات ، دون أن يجاوز ذلك إلى فحص موضوعى يقتضى تحقيقاً أو خبرة أو توجيه يمين أو نحو ذلك[١] . وإذا كان الحارس معيناً من محكمة الموضوع ، جاز رفع الدعوى بإنهاء الحراسة أمامها ، وجاز أيضاً رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل إذا توافر شرط الاستعجال[٢] ، وفى كل من الفرضين تقتصر المحكمة على فحص ظاهر المستندات على الوجه الذى سبق بيانه[٣] .

= ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص ١٠١٢) . وانظر استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٩ – ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٠ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣ – مصر مستعجل ٢٤ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٩٣ ص ٢٥٧ – محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٩ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٩ – محمد على عرفة ص ٥٥٤ .

(١) محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص ٩٠٦ هامش ٢ – ولا يختص القاضى المستعجل بالأمر بتقديم حساب (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٠) ، كما لا يختص بالحكم بالمصروفات التى أنفقها الحارس فى إدارته ، ولكن له أن يعلق رفع الحراسة على إيداع المبلغ المطلوب للحارس فى مقابل هذه النفقات (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٠٢ – محمد على رشدى فقرة ٢٩٣ مكررة) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٧ – مصر مستعجل ١٨ يوليه سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٨ ص ٤٠٩ – محمد على رشدى فقرة ٢٩٢ – محمد عبد اللطيف فقرة ٣٤٨ .

(٣) وقد ترفع دعوى انتهاء الحراسة من الغير إذا فرضت الحراسة خطأ على أعيان مملوكة له لا للخصوم ، أو فرضت على أعيانه بطريق التواطؤ بين الخصوم ، وتقتصر المحكمة هنا أيضاً على فحص ظاهر المستندات (نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٥ ص ٣٨٣ – محمد على راتب فقرة ٣٦١ ص ٩١٠ – ص ٩١٢) .

فهرس

المجلد الأول

الصفحة

العقود

الواردة على العمل

عقد المقاولة

تمهيد

الباب الأول

المقاولة بوجه عام

الفصل الأول ـ أركان المقاولة

صفحة

الفصل الثانى – الآثار التى تترتب على المقاولة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث – انتهاء المقاولة

الباب الثانى

بعض أنواع المقاولات

الفصل الأول – التزام المرافق العامة

الفصل الثانى – أنواع أخرى من المقاولات

صفحة

عقد الوكالة

تمهيـــد

الفصل الأول — أركان الوكالة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث – انتهاء الوكالة

عقد الوديعة

تمهيـــد

صفحة

الفصل الأول – أركان العقد

الفصل الثانى – آثار الوديعة

صفحة

الفصل الثالث – انتهاء الوديعة

صفحة

الفصل الرابع – بعض أنواع الوديعة

الحراسة

تمهيـــد

الفصل الأول – قيام الحراسة

الصفحة

الصفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثالث — انتهاء الحراسة

القاهرة
مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر

